

O controle judicial do julgamento de contas realizado pelo TCU: parâmetros de legitimação

Devisom Carlos de França Couto

<http://www.bndes.gov.br/bibliotecadigital>

UNIVERSIDA FEDERAL FLUMINENSE
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

DEIVISOM CARLOS DE FRANÇA COUTO

O CONTROLE JUDICIAL DO JULGAMENTO DE CONTAS REALIZADO PELO TCU:
PARÂMETROS DE LEGITIMAÇÃO

Niterói
2013



DEIVISOM CARLOS DE FRANÇA COUTO

O CONTROLE JUDICIAL DO JULGAMENTO DE CONTAS REALIZADO PELO TCU:
PARÂMETROS DE LEGITIMAÇÃO

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
Constitucional - da Universidade Federal
Fluminense, como parte dos requisitos para
a obtenção do título de Mestre em Direito
Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Claudio Pereira de Souza Neto

Niterói
2013

COUTO, D. C. F.

O CONTROLE JUDICIAL DO JULGAMENTO DE CONTAS
REALIZADO PELO TCU: PARÂMETROS DE LEGITIMAÇÃO/
Devisom Carlos de França Couto – Niterói, 2013.

125f.

Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade
Federal Fluminense – UFF, Faculdade de Direito, 2013.

Orientador: Prof. Dr. Claudio Pereira de Souza Neto.

1.TCU. 2. Poder Judiciário. 3. Julgamento de Contas. 4. Parâmetro
para o Controle Judicial. I. Neto, C.P. de Souza (Orient.) II. Universidade
Federal Fluminense, Faculdade de Direito. III. Título.

DEIVISOM CARLOS DE FRANÇA COUTO

O CONTROLE JUDICIAL DO JULGAMENTO DE CONTAS REALIZADO PELO TCU:
PARÂMETROS DE LEGITIMAÇÃO

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
Constitucional - da Universidade Federal
Fluminense, como parte dos requisitos para
a obtenção do título de Mestre em Direito
Constitucional.

Aprovada em 18 de março de 2013.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Claudio Pereira de Souza Neto – Orientador
Universidade Federal Fluminense - UFF

Prof^a. Dr^a. Helena Elias Pinto
Universidade Federal Fluminense - UFF

Prof. Dr. Rodrigo Brandão
Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

Niterói
2013

À Daniela, Manuela e Mariah pela compreensão e inspiração.

Agradecimentos

Neste momento em que mais um ciclo se completa, não poderia deixar de dirigir algumas breves palavras de reconhecimento àqueles que nesses dois últimos anos dedicaram à nossa turma – a Primeira do Mestrado em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense – todo o zelo no exercício do ensino jurídico de alto nível, bem assim um enorme afeto a cada um de nós Mestrandos.

Princípio por homenagear o Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional *stricto sensu*, Prof. Dr. Rogério Dutra dos Santos, cujo esforço e capacidade de gestão permitiram que o PPGDC-UFF, já em seu segundo ano de existência, obtivesse destacada posição entre os Programas de Mestrado em Direito no Brasil, notadamente ao sediar o XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Também, no âmbito da administração, meus sinceros agradecimentos à Ana Paula Arantes e Claudio Ribeiro, exemplos de servidores públicos no apoio a todo o corpo docente e discente.

A todos os Professores do PPGDC meu sincero agradecimento pela acolhida nesses dois anos – que tão rapidamente se passaram. A todos os companheiros Mestrandos um sincero muito obrigado pelo convívio com todos vocês – companheiros e companheiras inesquecíveis com quem muito aprendi.

Gostaria especialmente de homenagear os seguintes Professores: Prof. Dr. Cláudio Pereira de Souza Neto, orientador sereno e profundo; Prof^a. Dr^a. Helena Elias Pinto, co-orientadora que em muito contribuiu para o êxito deste trabalho; e Prof. Dr. Marco Antônio Ferreira Macedo, a quem devo a própria inspiração deste trabalho pela riqueza das aulas ministradas, dos debates em sala de aula e da valiosa bibliografia utilizada.

Por fim, agradeço ao eminente constitucionalista Prof. Dr. Rodrigo Brandão, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, que, generosamente, aceitou o convite para integrar a banca que apreciou o presente trabalho.

Resumo

Tendo em vista que de acordo com o desenho institucional brasileiro TCU e Judiciário podem se ver examinando uma mesma questão envolvendo o chamado julgamento de contas (art. 71, inciso II, da Constituição). Mais que isto, tendo em vista a possibilidade de divergirem sobre essa mesma questão, o presente trabalho propõe parâmetros para o exercício do controle judicial sobre os julgamentos realizados pelo TCU. No contexto do trabalho, o termo parâmetro é tomado com a mesma conotação adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em 1938, no caso *United States v. Carolene Products Co*, isto é, diz respeito ao grau ou à intensidade do controle a ser exercido pelo Poder Judiciário. Atribuir a decisão àquele mais capacitado em uma racionalidade de escolha do tipo subideal (*second-best*) e evitar a assunção de posturas adversariais foram os critérios informadores dos parâmetros propostos. Para tanto, entraram em ação o argumento das capacidades institucionais e o princípio da separação de poderes.

Abstract

Considering that according to the Brazilian institutional design TCU and Judiciary can face the same issue involving the so-called judgment of accounts (art. 71, II, of the Constitution). More than that, in view of the possibility of different decisions on the same issue, this work presents parameters for the judicial review of judgment of accounts made by TCU. Here, the term parameter has the same connotation adopted by the Supreme Court of the United States in the case *United States v. Carolene Products Co.* (1938) - concerns the degree or intensity of control to be exercised by the judiciary. Assign the decision to the branch more capable in a choice of type second-best and avoid the assumption of adversarial postures are behind of the proposed parameters. Therefore, institutional capacities and separation of powers went into action.



Sumário

Introdução.....	11
1 - Objeto da dissertação.....	11
2 - Metodologia.....	15
Capítulo 1 - O TCU na Constituição de 1988.....	17
1.1 - Aspectos gerais das instituições de controle.....	17
1.2 - Breve histórico do TCU.....	19
1.3 - O TCU na Constituição de 1988.....	34
Capítulo 2 – A ascensão do Judiciário brasileiro após a Constituição de 1988	63
Capítulo 3 - O controle das despesas públicas no julgamento de contas pelo TCU.....	70
3.1 - Controle formal das despesas.....	70
3.2 - Controle material das despesas.....	77
3.3 – Casos exemplares.....	88
3.3.1 - Decisão TCU nº 215/99 - Plenário.....	88
3.3.2 - Acórdão TCU nº 1195/2008 - Primeira Câmara.....	92
3.3.3 - Acórdão TCU nº 1722/2008 - Plenário.....	94

Capítulo 4 – Parâmetros para o controle judicial do julgamento de contas realizado pelo TCU.....	97
4.1 - O STF no controle do julgamento de contas: visão a partir da natureza administrativa do julgamento de Contas.....	97
4.2 - Parâmetros para o controle judicial do julgamento de contas realizado pelo TCU.....	104
4.2.1 - O argumento das capacidades institucionais.....	105
4.2.2 - O princípio da separação de poderes.....	108
4.2.3 - Os parâmetros propriamente ditos.....	112
4.2.3.1 - Parâmetro para controle dos aspectos formais (legalidade).....	112
4.2.3.2 - Parâmetros para controle dos aspectos materiais.....	114
a) quanto ao ato decisório do TCU.....	114
b) quanto ao motivo determinante da decisão do TCU.....	116
Conclusão.....	118

Introdução

1. Objeto da dissertação

Alguém que, tomando por referência a primeira metade do século XX, afirmasse, naquele momento, que a perspectiva para o constitucionalismo não era das melhores, não estaria falando nenhum absurdo.

Nos Estados Unidos, onde, desde o nascimento, a Constituição foi tomada como norma jurídica¹, viveu-se a chamada *Era Lochner*² – marcada pelo ativismo conservador da Suprema Corte. Na Europa, onde prevalecia o modelo de constitucionalismo francês, com a Constituição sendo uma mera exortação à ação do legislador, a Constituição de Weimar não teve como conter os fatores reais de poder³. No Brasil, Getúlio Vargas, com o apoio de Francisco Campos⁴, impôs a Constituição autoritária de 1937⁵.

Com efeito, não deixa de ser surpreendente que, ao final do mesmo século XX, o constitucionalismo, considerado aqui como técnica do regime democrático voltada para a limitação e a legitimação do poder político⁶, tenha experimentado tão vertiginosa ascensão.

Segundo Bruce Ackerman⁷, a crença na Constituição escrita se espalhou pelo mundo durante a segunda metade do século XX e algumas cortes constitucionais se tornaram instituições de relevo na Europa, Ásia, América e África.

Para o professor norte-americano, uma das explicações para o ocorrido é o que ele denomina de cenário de recomeço (*The New Beginning Scenario*).

Uma das formas de recomeço foi a que se verificou na Alemanha com a Lei Fundamental de Bonn (1949). Esta foi tomada como um verdadeiro símbolo do rompimento político daquele povo em relação ao regime nazista, o que conferiu plena legitimidade ao

¹ O Federalista n. 78. In: HAMILTON Alexander; JAY, John; MADISON, James;. *The Federalist Papers*. Selecionados e editados do original por Roy Fairfield. [S.l., s.n.], 1981.

² É conhecido como *Era Lochner* o período compreendido entre 1897 e 1937, em que a Suprema Corte norte-americana adotou postura ativista para declarar inconstitucionais leis que considerava atentatórias à liberdade econômica ou à liberdade de contratar. Em *Lochner v. New York* (1905), a Corte considerou inconstitucional a lei que limitava o horário de trabalho dos padeiros.

³ LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1988.

⁴ SANTOS, Rogério Dutra dos. *Francisco Campos e os Fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal do Brasil*. Rio de Janeiro, *Revista de Ciências Sociais*. v. 50, n 2, p. 281-323, 2007.

⁵ Francisco Campos diferenciando totalitarismo e autoritarismo. In: CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1940.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

⁷ ACKERMAN, Bruce. *The Rise of World Constitutionalism* (1996). *Occasional Papers*. Paper 4. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/ylsop_papers/4>. Acesso em 28/09/2011.

Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) para garantir a força normativa⁸ da Lei Fundamental.

À outra forma de recomeço Ackerman denominou cenário de triunfo, ou triunfalista (*Triumphalist Scenario*). Neste, movimentos populares vitoriosos procuraram inserir em suas respectivas Constituições os valores norteadores do movimento, situação em que a guarda de tais Constituições, escritas e rígidas, conferiu papel de destaque às cortes constitucionais.

No Brasil, pode-se afirmar que a Constituição de 1988 é resultante da convergência de interesses, em um determinado momento histórico, de parcela dos fatores reais de poder – notadamente o povo, então ansioso por democracia. Tal combinação ganhou tónus com a campanha conhecida como “diretas já”⁹, em 1984, que, muito embora derrotada, pavimentou o caminho para a convocação da Assembleia Nacional Constituinte.

Tal qual descrito no cenário triunfalista, o movimento vitorioso tratou de inserir em uma Constituição escrita e rígida os valores que consubstanciavam suas aspirações¹⁰, além de proteger o conteúdo essencial de alguns deles com cláusula de imutabilidade (art. 60, § 4º da Constituição).

Passados quase 25 anos da promulgação da Constituição de 1988, é inquestionável sua contribuição para o fortalecimento do constitucionalismo e da democracia no Brasil.

Nesse período, sempre dentro de um ambiente de normalidade institucional, dentre outros acontecimentos notáveis, se podem destacar: o *impeachment*, seguido de renúncia, de um Presidente da República eleito diretamente pelo povo; a instauração de diversas

⁸ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. 1. ed. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

⁹ Movimento civil de reivindicação por eleições presidenciais diretas no Brasil ocorrido em 1983-1984. A proposta de Emenda Constitucional Dante de Oliveira, que previa eleições diretas, foi rejeitada pelo Congresso. Todavia, em janeiro do ano seguinte, o principal líder do movimento (Tancredo Neves) foi eleito Presidente da República pelo Colégio Eleitoral.

¹⁰ A título de exemplo, podem ser citadas as seguintes providências:

- conferiu centralidade ao princípio da dignidade da pessoa humana, declarando, logo em seu artigo 1º, que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, tendo como um dos seus fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana;
- dotou o Título II da Constituição de um farto elenco de direitos e garantias fundamentais – individuais, sociais e políticos (art. 5º ao 17), sem olvidar daqueles decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais sobre direitos humanos em que o Brasil seja parte;
- dispôs que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º parágrafo primeiro);
- dispôs que, ressalvados os casos previstos na Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei;
- garantiu a livre iniciativa, a livre concorrência e a propriedade privada quando tratou da Ordem Econômica e Financeira (Título VII); e
- conferiu a guarda da Constituição ao Supremo Tribunal Federal, prevendo a possibilidade do controle de constitucionalidade das normas, tanto em abstrato mediante ação – com ampliação do elenco de legitimados, quanto em concreto, através do recurso extraordinário.

Comissões Parlamentares de Inquérito, que levaram à renúncia ou cassação de figuras de destaque no cenário político nacional; o amplo exercício da liberdade de imprensa; e uma profunda reforma no modelo de Estado, com as privatizações de diversas empresas estatais e a criação das agências reguladoras durante o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso.

Superados então os receios e os percalços, naturalmente existentes em um processo de redemocratização, é chegado o momento de olhar adiante. Para além da singela noção de governo da maioria, uma perspectiva democrática plena reclama a realização de direitos que preservem ao indivíduo, moral e materialmente, sua inata condição humana. Não à toa, a Constituição de 1988 previu entre os direitos fundamentais, não apenas os direitos individuais e políticos, mas também uma gama variada de direitos sociais, ampliando a antiga tradição brasileira de regular ao nível constitucional as ordens econômica e social.

A abordagem da democracia a partir do ângulo acima proposto pode se conduzir através de diversos enfoques, todos tendo como norte a realização do indivíduo como ser humano e a legitimação do poder político a partir dessa realização.

Tendo em conta isso, o presente trabalho pretende examinar a interação entre duas instituições de estatura constitucional responsáveis pela tutela estatal aos direitos fundamentais: o Tribunal de Contas da União e o Poder Judiciário.

Para além da relevante tutela ao princípio republicano, que é manifesta no julgamento das contas dos responsáveis pela *res publica*, a Corte de Contas brasileira desempenha inestimável papel na persecução da aludida democracia plena. É que em um Estado estruturalmente ainda deficiente em relação a diversos serviços públicos essenciais (*e.g.*, água, esgoto, energia, saúde e educação) e que deve, permanentemente, lidar com a escassez de recursos para fazer frente a todos os investimentos necessários é capital que as prioridades estabelecidas pelos representantes eleitos pelo povo, plasmadas nas leis orçamentárias, sejam rigorosamente observadas e a realização das receitas e despesas se verifique livre de ilegalidades e irregularidades.

Em outras palavras, julgando as contas dos responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos e imputando aos responsáveis por desperdícios e desvios as sanções previstas em lei, o TCU não só restabelece o erário ao *status quo*, demarcando a separação entre o público e o privado (princípio republicano), como também influi para a adoção daquilo que se convencionou chamar de boa administração, o que em muito contribui para a concretização das leis orçamentárias e por conseguinte dos direitos fundamentais.

Quanto ao Poder Judiciário, convém destacar que, dentre os diversos direitos previstos no art. 5º da Constituição, alguns materialmente outros apenas formalmente fundamentais¹¹, o inciso XXXV veicula a regra da inafastabilidade da jurisdição dispondo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse dispositivo permite o recurso ao Poder Judiciário a fim de se obter a cessação da ameaça ou a reparação da lesão a qualquer direito fundamental.

No caso específico da tutela aos direitos fundamentais, o Judiciário brasileiro, quando no exercício do controle dos atos emanados dos demais Poderes¹², tem perfilhado uma linha substancialista, para garantir, não apenas aqueles direitos que encerram pressupostos da democracia (procedimentalismo), como também todos os demais direitos fundamentais.

Como dito, o objeto deste trabalho é a interação dessas duas instituições constitucionalmente responsáveis pela tutela estatal aos direitos fundamentais – cujo grau de realização é fator de legitimação do poder político. Contudo, insta frisar: (i) não toda e qualquer interação entre elas, mas apenas a que se refere ao controle judicial do julgamento de contas realizado pelo TCU (art. 71, inciso II, da Constituição), que, pelo desenho institucional brasileiro, está submetido ao crivo de ambas; e (ii) não apenas para noticiar a referida interação, mas para propor parâmetros para o exercício do aludido controle judicial em ordem a atribuir a decisão àquela que possui maior possibilidade de acertar, bem assim evitar a adoção de posturas adversariais na área de interseção.

No contexto aqui tratado, parâmetro possui a mesma conotação adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em 1938, no caso *United States v. Carolene Products Co.*¹³, isto é, diz respeito ao grau ou à intensidade do controle de constitucionalidade a ser exercido pelo Poder Judiciário.

No Brasil já existem diversos trabalhos acadêmicos com propostas de parâmetros para o exercício da atividade jurisdicional nas mais diversas situações. Aderindo ao pensamento que acredita que através da utilização de parâmetros é possível um melhor encaminhamento à questão ligada ao controle judicial dos atos emanados dos demais Poderes, maximizando, com efeito, a possibilidade de acerto na tutela estatal aos direitos fundamentais, o presente trabalho visa contribuir para a discussão teórica acerca do tema.

¹¹ De notar que a inflação do catálogo de direitos fundamentais acirra o potencial conflito entre constitucionalismo e democracia, uma vez que os direitos fundamentais estão contidos no núcleo duro do art. 60, § 4º, IV da Constituição (cláusulas pétreas).

¹² Essa afirmação não importa em recusa à eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

¹³ 304 U.S. 144 (1938).

2. Metodologia

Nos termos da lição de Robert Alexy¹⁴, a dogmática jurídica está dividida em três distintas dimensões: a analítica, a empírica e a normativa.

Na analítica, além de se analisar os conceitos básicos pertinentes ao objeto do trabalho, são estudadas as relações existentes entre os diversos conceitos utilizados e as formas de fundamentação jurídica acerca do tema; na empírica, aborda-se a questão trazida à baila, sobretudo, a partir da aplicação do direito pelos tribunais; e, na normativa, procura-se fornecer um adequado encaminhamento ao problema apresentado.

Após iniciar o Capítulo I (O TCU na Constituição de 1988) com uma brevíssima exposição da evolução histórico-constitucional da Corte de Contas brasileira até 1988, já nesse capítulo, ficará evidente o relevante papel da dimensão analítica no presente trabalho, conforme se depreenderá da abordagem realizada em relação ao TCU na ordem constitucional vigente.

Dentre outras, serão abordadas no Capítulo I questões como a posição institucional do TCU em relação aos Poderes da União, suas competências e garantias institucionais, bem assim os requisitos para a investidura e as garantias dos seus Ministros.

No Capítulo II (A ascensão do Judiciário brasileiro após a Constituição de 1988) a dimensão analítica também estará presente. Serão expostas as principais causas para a chamada ascensão institucional do Poder Judiciário, abordando-se, ainda, a judicialização das questões políticas e sociais no Brasil e o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal – STF. Outrossim, agora já ingressando na dimensão empírica, serão apresentadas algumas decisões do STF que permitirão seja percebida uma clara mudança de postura por parte da Corte em direção ao ativismo, sobretudo a partir da década de 2000.

Vistos os dois principais atores do contexto deste trabalho, prossegue-se em direção ao controle de despesas realizado pelo TCU e à proposição de parâmetros para o controle judicial do julgamento de contas realizado pelo TCU.

No Capítulo III (O controle das despesas públicas no julgamento de contas pelo TCU) também estarão presentes as dimensões analítica e empírica. A dimensão analítica estará presente no exame dos aspectos formais e materiais que devem ser levados em conta pelo TCU quando do controle dos atos administrativos geradores de despesa, com destaque para minucioso exame do constitucionalmente denominado *princípio* da eficiência, ali tomado como um exemplo de aspecto material do ato administrativo sujeito ao crivo do TCU; já a

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 1. ed São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 33-36.

dimensão empírica se fará presente através de algumas decisões do TCU trazidas como exemplos do controle formal (legalidade) e material (eficiência, proporcionalidade, razoabilidade etc.) exercido pelo TCU.

No Capítulo IV (Parâmetros para o controle judicial do julgamento de contas realizado pelo TCU) presentes estarão as três dimensões da dogmática jurídica. A analítica se fará presente no exame da anatomia das decisões proferidas pelo TCU nos julgamentos de contas e será realizada a partir da natureza jurídico-administrativa do referido julgamento. À medida em que se for desvendando a anatomia de tais decisões serão apresentadas decisões do STF que respaldam o entendimento esposado no presente trabalho (dimensão empírica). Em seguida, adentrar-se-á, finalmente, à dimensão normativa do trabalho para propor-se os parâmetros que se pretende funcionem como subsídios para o exercício do controle judicial do julgamento de contas realizado pelo TCU.

Espera-se que tais parâmetros, ao calibrarem a intensidade do controle judicial segundo os argumentos da capacidade institucional e da separação de poderes, permitam, a um só tempo, a maximização da tutela aos direitos fundamentais em jogo e exerçam a importante função de legitimar “o controle do controle” perante a sociedade aberta de intérpretes da Constituição¹⁵. Após isto, seguem as conclusões do trabalho.

Portanto, como visto acima, o enfoque desta dissertação é eminentemente dogmático.

¹⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

Capítulo 1

O TCU na Constituição de 1988

1.1 - Aspectos gerais das instituições de controle

As fontes divergem bastante quanto à origem das instituições superiores de controle. José Soriano de Souza¹⁶ enxergava seu embrião nos “Tabularii” e “Numerarii” do direito romano. Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁷ comenta que de acordo com a história feudal, “por ocasião da Segunda Cruzada, sob Luis VII, possivelmente já existia um órgão de contas destinado a cuidar de sua real contabilidade”. Salienta, ainda, a existência de indícios confiáveis de que em 1190 já existisse um órgão central de contas da realeza francesa. Jarbas Maranhão lembra que, desde 1256, os éditos de Luis IX faziam menção a uma instituição chamada *chambre de comptes* e que, na Inglaterra, desde os tempos dos reis normandos, existiu um Tribunal de Justiça em matéria de finanças chamado *Echiquier*, composto por um certo número de barões feudais (*barons of the Echiquier*)¹⁸. Cita, ainda, semelhantes instituições na Prússia (1824), depois Tribunal de Contas do Império da Alemanha (1876) e a *Régia Corte de Conti* na Itália (1807).

Conforme bem assinalado por Bruno W. Speck¹⁹, inicialmente, a função das instituições superiores de controle estava ligada a uma preocupação do príncipe com a boa gestão dos bens da coroa. Somente com o advento do Estado liberal burguês, a preocupação se voltou para que a boa gestão do dinheiro público mitigasse o recurso à tributação (liberdade e propriedade privada passaram a ser as questões de fundo).²⁰

Conquanto tenha se tornado comum sua previsão pelos diversos ordenamentos jurídicos, as instituições superiores de controle não são homogêneas, variando bastante, em

¹⁶ SOUZA, José Soriano de. Princípios Gerais do Direito Público e Constitucional apud MARANHÃO, Jarbas. Competência do Tribunal de Contas. In: BARROSO, Luís Roberto; CLÈVE, Clèmerson Merlin (Orgs.). *Doutrinas Essenciais – Direito Constitucional*. v. IV, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Parlamento e a Sociedade como destinatários do Trabalho dos Tribunais de Contas*. Bahia, *Revista Eletrônica*. n. 4, trimestral, dez 2005/ jan/ fev 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-4-DEZEMBRO-2005-DIOGO.pdf>> Acesso em 23/07/2012.

¹⁸ MARANHÃO, Jarbas. Competência do Tribunal de Contas. In: BARROSO, Luís Roberto; CLÈVE, Clèmerson Merlin (Orgs.). *Doutrinas Essenciais – Direito Constitucional*. v. IV, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁹ SPECK, B. W. *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União. O Papel da Instituição Superior de Controle Financeiro no Sistema Político-Administrativo do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

²⁰ O art. 15 da Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão estabelece que “a sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração”. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em 20/02/2013.

diversos aspectos, de um ordenamento jurídico para outro. Assim, em sede de considerações gerais, se afigura útil a descrição das principais características encontradas em tais instituições, cabendo ao estudioso identificá-las e refletir sobre suas conseqüências nos casos concretos.

Quanto à hierarquia normativa, elas podem ser previstas constitucionalmente (*e.g.* Brasil) ou não (*e.g.* Estados Unidos); *quanto à posição institucional*, elas normalmente estão vinculadas ao Poder Legislativo (*e.g.* Estados Unidos e Brasil); *quanto ao objeto do controle*, o foco são as despesas do governo, mas há grande variação de ordenamento para ordenamento, sendo o art. 70 da Constituição do Brasil um excelente exemplo de quão amplo ele pode chegar a ser (contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial); *quanto aos critérios do controle*, importa notar que aspectos outros, além da legalidade, vêm sendo incorporados pelos ordenamentos (*e.g.* legitimidade e economicidade no Brasil); *quanto ao momento em que se realiza o controle*, ele pode ser prévio (*e.g.* suspensão de licitação), concomitante (*e.g.* acompanhamento de obras públicas em execução) ou posterior (*e.g.* julgamento das contas prestadas por um presidente de empresa estatal); *quanto à composição*, elas podem ser colegiadas (*e.g.* Brasil) ou não (*e.g.* Estados Unidos); *quanto ao grau de independência*, autonomias administrativa e financeira e independência funcional variam de ordenamento para ordenamento (o Brasil é um exemplo de autonomia e independência amplas); *quanto às competências*, elas podem praticar uma gama variada de atividades tais como: (i) atos administrativos em sentido estrito (*e.g.* registro do ato concessivo de pensão, aperfeiçoando um ato administrativo complexo); (ii) auxílio ao Poder Legislativo (*e.g.* parecer prévio relativo às contas do Presidente da República e fiscalizações solicitadas pelo Legislativo); (iii) jurisdição em sentido estrito (*e.g.* julgamento dos contadores públicos em França, com recurso para o Conselho de Estado); (iv) julgamentos de natureza administrativa (*e.g.* julgamento das contas dos responsáveis por dinheiros públicos no Brasil, com a possibilidade de acionamento do Poder Judiciário); (v) edição de atos normativos (*e.g.*, edição de regimento interno e de atos oponíveis à Administração Pública); e *quanto ao principal usuário do seu trabalho*, a Administração como ocorre no parlamentarismo alemão ou o Legislativo (na maior parte dos casos).

Além disso, baseando-se nas experiências históricas dos países, a doutrina, levando em conta o momento em que se verifica o controle da despesa pela instituição superior de controle (se *a priori* ou *a posteriori*), de um modo geral, alude a dois modelos diversos: o belga e o francês. Ao se aludir à instituição superior de controle de um determinado país como filiada ao modelo belga se quer pôr em destaque que a fiscalização da despesa pelo

órgão de controle ocorre previamente à sua realização, embora não necessariamente exatamente como ocorre na Bélgica; da mesma forma, quando se afirma que determinada instituição perfilha o modelo francês, o que se quer enfatizar é que ali a fiscalização se verifica após à realização da despesa, embora não necessariamente como na França.

Contudo, se é fato que tais instituições divergem bastante de ordenamento para ordenamento, um aspecto de grande importância para o presente trabalho parece ser comum a todas as instituições superiores de controle, qual seja a adoção de critérios de seleção que procuram garantir um alto padrão em termos de capacidade técnica em tais instituições. Exemplo disso são França e Brasil: na primeira, os membros da Corte de Contas são selecionados por meio da Escola Nacional de Administração; no Brasil, a Constituição estabelece que a indicação para Ministro do Tribunal de Contas da União tem como pressuposto ser o indicado portador de conhecimentos específicos em determinadas áreas (art. 73, § 1º, III).

Segue um breve histórico do Tribunal de Contas brasileiro.

1.2 - Breve histórico do TCU

No Brasil, o controle das contas públicas remete a 1680 com a criação das Juntas das Fazendas das Capitanias e da Junta da Fazenda do Rio de Janeiro, ligadas a Portugal.²¹ Em 1808, na administração de D. João VI, foi instalado o Erário Régio e criado o Conselho da Fazenda, que tinha como atribuição acompanhar a execução da despesa pública.²²

Após a independência do Brasil, a “Constituição Política do Império do Brasil”, de 25 de março de 1824, dispôs que a função de verificar a administração, a arrecadação e a contabilidade da receita e da despesa da Fazenda Nacional seria cometida a um tribunal denominado “Thesouro Nacional” (art. 170) - órgão que não pode ser confundido com a noção atual de Tribunal de Contas. Previu, ainda, os primeiros orçamentos e balanços gerais a cargo do Ministro da Fazenda (art. 172).

Embora contando com o entusiasmo de políticos de destaque, o “Império do Brasil” não possuiu um Tribunal de Contas nos moldes liberais²³. É que sob a aparência de uma

²¹ CATARDO, Hamilton Fernando. *O Tribunal de Contas no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Millenium, 2007.

²² Informações retiradas do site do TCU. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/institucional/conheca_tcu/historia>. Acesso em 20/02/2013.

²³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. apud MARANHÃO, Jarbas. Competência do Tribunal de Contas. In: BARROSO, Luís Roberto; CLÈVE, Clèmerson Merlin (Orgs.). *Doutrinas Essenciais – Direito Constitucional*. v. IV, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Constituição liberal, a Constituição de 1824 trouxe à baila um Estado absoluto. No dizer de Paulo Bonavides e Paes de Andrade operou-se “a constitucionalização do absolutismo, se isso fora possível”.²⁴

A forma de governo era a monarquia hereditária e o estado unitário (art. 2º e 3º). O legislativo bicameral tinha seus Senadores vitalícios escolhidos pelo Imperador (art. 101, I), a quem também foi conferido o poder de dissolver a Câmara dos Deputados, composta por membros eleitos (art. 101, V); o Executivo era dirigido pelo próprio Imperador (art. 102); e os juízes de direito, apesar de vitalícios, poderiam ser suspensos do exercício da judicatura por decisão do Imperador (art. 101, VII).

Não bastasse isso, a Constituição proclamou a pessoa do Imperador como sagrada e inviolável e lhe conferiu o Poder Moderador em ordem a dirimir eventuais conflitos entre os demais Poderes, estabelecendo sua absoluta irresponsabilidade quanto aos atos por si praticados (art. 98 e seguintes).

Embora houvesse diversos dispositivos constitucionais, que, em tese, veiculavam limitações ao exercício do poder político, como a previsão de competência para Assembléia Geral (Câmara de Senadores e Câmara de Deputados) fixar anualmente as despesas públicas, autorizar previamente o governo a contrair empréstimos e reformar *post mortem* os abusos introduzidos pelo Imperador (art. 15), além de um interessante catálogo de direitos individuais, políticos e sociais²⁵, o fato é que a previsão do Poder Moderador subtraiu à Constituição de 1824 a possibilidade de efetivamente limitar o exercício do poder político.

Com efeito, a explicação para a inexistência de uma verdadeira Corte de Contas no Brasil imperial parece óbvia: onde há poder absoluto não pode haver controle independente e autônomo das contas públicas.

Foi no alvorecer da República, ainda no Governo Provisório, que Ruy Barbosa, então Ministro da Fazenda, conseguiu viabilizar a criação de uma Corte de Contas com o viés liberal antes mencionado. Em 07 de novembro de 1890, o Marechal Deodoro da Fonseca - Chefe do Governo Provisório que logo depois viria a ser o primeiro Presidente da República - instituiu, através do Decreto nº 966-A, um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos atos concernentes às receitas e despesas da República.

Nos termos do referido Decreto, todos os decretos do Poder Executivo, ordens ou avisos dos diferentes Ministérios, suscetíveis de criar despesa, ou interessar às finanças da

²⁴ ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. 3ª Ed. São Paulo: Paz e Terra.

²⁵ Nesse aspecto, a Constituição do Império esteve adiante de sua época ao prever o socorro público e a educação primária.

República, para que pudessem ter publicidade e execução, seriam submetidos primeiro ao Tribunal de Contas, que os registraria, pondo-lhes o seu “visto”, quando não violassem disposição de lei, nem excedessem os créditos votados pelo Poder Legislativo. Caso o Tribunal decidisse por não registrar o ato do Governo, deveria motivar a recusa e devolver o ato ao Ministro que o houvesse expedido. Este, sob sua responsabilidade, se julgasse imprescindível a medida impugnada pelo Tribunal, poderia dar-lhe publicidade e execução. Neste caso, porém, o Tribunal levaria o fato, na primeira ocasião oportuna, ao conhecimento do Congresso, registrando o ato sob reserva e apresentando os fundamentos desta ao Corpo Legislativo.

Caberia ainda ao Tribunal julgar anualmente as contas de todos os responsáveis por contas públicas, independentemente do Ministério de origem, dando-lhes quitação, condenando-os a pagar, e, quando não o cumprissem, mandando proceder na forma do direito. No exercício de suas funções, o Tribunal estaria autorizado a se corresponder diretamente, por intermédio do seu presidente, com todas as autoridades da República, as quais seriam obrigadas a cumprir-lhe as requisições e ordens.

Os funcionários do Tribunal – ainda não eram designados como Ministros – seriam nomeados por decreto do Presidente da República, sujeito à aprovação do Senado, e gozariam das mesmas garantias que os membros do Supremo Tribunal Federal.

Praticamente quatro meses depois, em 24 de fevereiro de 1891, foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, fortemente inspirada na Constituição norte-americana por influência de Ruy Barbosa.

A Constituição não só recepcionou o Tribunal de Contas como também lhe conferiu estatutura constitucional, mantendo-lhe equidistante dos demais Poderes (Título V, “Disposições Gerais”). Pelo art. 89 foi outorgada ao Tribunal competência para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade antes de serem prestadas ao Congresso. Conferiu, também, vitaliciedade a seus membros.²⁶

A Lei nº 23, de 30 de outubro de 1891, colocou o Tribunal de Contas sob a competência do Ministro da Fazenda e determinou a extinção do “Tribunal do Thesouro Nacional” logo que constituído o Tribunal de Contas, passando a este as atribuições de julgar cometidas àquele.

²⁶ Art 89. É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7%C3%A3o91.htm>. Acesso em 20/02/2013

Em 17 de dezembro de 1892, o Tribunal de Contas viria a ser provisoriamente disciplinado pelo Decreto nº 1.166, que estabeleceu o controle prévio das despesas com a possibilidade de veto absoluto do Tribunal à sua realização, bem como determinou o julgamento das contas dos responsáveis por dinheiros públicos, estabelecendo que, para esse fim, o Tribunal funcionaria como Tribunal de Justiça e suas decisões definitivas teriam força de sentença com execução aparelhada.

Já no ano de sua efetiva instalação (1893), sendo então a principal missão do Tribunal de Contas o registro prévio das despesas públicas, com veto absoluto para as hipóteses de ilegalidade, o Tribunal recusou visto à contratação de Pedro Paulino da Fonseca²⁷ para o Ministério da Viação, tendo em vista a ausência de previsão orçamentária para tanto. Em reação, o "Marechal de Ferro" - como ficou conhecido Floriano pela força com que suprimiu a Revolução Federalista no Rio Grande do Sul e a Segunda Revolta da Armada, na cidade de Desterro (atual Florianópolis) – substituiu o sistema de veto absoluto restabelecendo o registro sob reserva ou protesto – o que provocou o pedido de exoneração por parte do Ministro da Fazenda, Innocêncio Serzedello Corrêa.

Ao longo da vigência da Constituição de 1891 diversas outras normas foram editadas relativamente ao Tribunal de Contas, com destaque para o Decreto nº 392, de 08 de outubro de 1896, que o regulamentou em detalhes; e para o Decreto Legislativo nº 2.511²⁸, de 20 de dezembro de 1911, e seu regulamento, o Decreto nº 9.393, de 28 de fevereiro de 1912, que previram a possibilidade de registro dos contratos geradores de despesa pela mera preclusão do prazo para análise do registro pelo Tribunal (15 dias).

A Primeira República foi um período em que os fatores reais de poder desafiaram e apequenaram a todo instante a força normativa da Constituição. Nela, prevaleceu a hegemonia do Poder Executivo da União e o primeiro ato foi o prematuro fechamento do Congresso já pelo primeiro Presidente. Após à renúncia de Deodoro, Floriano assumiu o restante do primeiro mandato e ignorou a Constituição sempre que lhe fora conveniente. A partir de 1894, com a eleição de Prudente de Moraes, depois sucedido por Campos Salles, deu-se início ao “modelo republicano civil e oligárquico, que perduraria por toda República Velha” (SARMENTO, 2010, p.25). Foi neste cenário que surgiram as denominadas “política dos

²⁷ Irmão do ex-Presidente, Marechal Manoel Deodoro da Fonseca.

²⁸ Embora não tenha experimentado efetividade, o § 5º do art. 1º do Decreto Legislativo nº 2.511 também determinou a elaboração de parecer prévio, quanto à legalidade e à observância dos preceitos da contabilidade pública, pelo Tribunal de Contas, em relação às Contas do Presidente da República, que após isto deveriam ser enviadas ao Congresso.

governadores”²⁹ e “política do café-com-leite”³⁰, responsáveis pela quase total falta de efetividade da Constituição no que toca à limitação ao exercício do poder político e ao respeito aos direitos fundamentais.

Com o rompimento da chamada “política do café-com-leite”, por parte do Estado de São Paulo, os Estados de Minas Gerais, Paraíba e Rio Grande do Sul tentaram sem sucesso eleger Getúlio Vargas para a Presidência da República. Derrotados, os três Estados patrocinaram em 1930 a Revolução que conduziria Getúlio à liderança do Governo Provisório.

Refletindo o ambiente externo - crise do liberalismo nos estados Unidos e a ascensão do autoritarismo na Europa -, o Governo Provisório editou o Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, rompendo com a Constituição de 1891. Tal Decreto dissolveu o Congresso e investiu o Governo Provisório com poder discricionário para o exercício do poder, excluindo expressamente seus atos do controle judicial.

Através do Decreto nº 20.393, de 10 de setembro de 1931, Getúlio Vargas instituiu o registro *a posteriori* das despesas públicas. O regime de exceção perduraria até à promulgação da próxima Constituição, em 1934.

A Constituição de 1934 manteve o Tribunal de Contas equidistante dos demais Poderes, incluindo-o, ao lado do Ministério Público, como “Órgão de Cooperação nas Atividades Governamentais”, no Capítulo VI, do Título I (Da Organização Federal).

Nos termos do art. 99, ao Tribunal de Contas competiria acompanhar a execução orçamentária e julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos.

Os Ministros do Tribunal de Contas seriam nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, e gozariam das mesmas garantias dos Ministros da Corte Suprema. Quanto à organização do seu Regimento Interno e da sua Secretaria, o Tribunal teria as mesmas atribuições dos Tribunais Judiciais (art. 100).

Importante inovação em termos de controle do poder político foi a constitucionalização da competência do Tribunal de Contas para a elaboração de parecer prévio, no prazo de trinta dias, sobre as contas anuais do Presidente da República. Se estas não fossem enviadas ao Tribunal em tempo útil, este comunicaria o fato à Câmara dos Deputados, para os fins de direito, apresentando-lhe, num ou noutro caso, minucioso relatório do exercício financeiro terminado (art. 102).

²⁹ Modelo pelo qual o poder central e os regionais mantiveram a praxe de nomear pessoas de acordo com os interesses recíprocos.

³⁰ Nome que se deu ao revezamento estabelecido entre São Paulo e Minas na Presidência da República.

Os contratos que, por qualquer modo, interessassem imediatamente à receita ou à despesa, só se reputariam perfeitos e acabados, quando registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspenderia a execução do contrato até o pronunciamento do Poder Legislativo. Igualmente, se sujeitaria ao registro prévio do Tribunal de Contas qualquer ato da Administração Pública, do qual resultasse obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional, ou por conta deste (art. 101).

Em todos os casos, a recusa do registro, por falta de saldo no crédito ou por imputação a crédito impróprio, teria caráter absoluto; quando a recusa tivesse outro fundamento, a despesa poderia efetuar-se após despacho do Presidente da República, efetivando-se, então, o registro sob reserva do Tribunal e recurso *ex officio* para a Câmara dos Deputados (art. 101, § 2º).

Infelizmente, também não foi dessa vez que o constitucionalismo conseguiu se estabelecer no Brasil.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 1, em 18 de dezembro de 1935, a Câmara dos Deputados, com a colaboração do Senado Federal, poderia autorizar o Presidente da República a declarar comoção intestina grave, equiparada ao Estado de guerra, o que franqueava ao Presidente, nos termos do art. 161 da Constituição, a suspensão das garantias constitucionais.

Dáí em diante, Getúlio caminharia a passos largos para a concretização do seu projeto autoritário de poder, cujo último empecilho era a Constituição então em vigor.

Em 21 de março de 1936, foi declarada comoção intestina grave por 90 dias, prorrogada por mais três vezes.

Em 30 de setembro de 1937, o governo divulga ao povo brasileiro a descoberta de um plano comunista para tomar o poder no País (Plano Cohen) – um mero jogo de cena.

Finalmente, em 10 de novembro de 1937, Getúlio concretiza o golpe e outorga a Constituição autoritária de 1937 justificando que a Constituição de 1934 seria inapta para proteger a nação da “ameaça comunista”.

Inspirada na Constituição polonesa do governo do Marechal Józef K. Pilsudsky (1935), a Constituição do ainda Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, institucionalizou um regime indubitavelmente autoritário, com expressa prevalência do Poder Executivo sobre os demais Poderes (art. 73).

De acordo com Sarmento (2010, p.39), não obstante possuir 174 artigos na parte permanente e apenas 13 nas “Disposições Transitórias e Finais” (art. 175 a 187), foram estes

últimos que na prática funcionaram como fundamento de validade dos atos do “Estado Novo”.

A Constituição entrou em vigor na data em que foi outorgada, mas, por disposição expressa, deveria ser submetida mais adiante a plebiscito nacional na forma regulada em decreto posterior do Presidente da República (art. 187). Restaram dissolvidos, naquela mesma data, a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembléias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais. As eleições para o Parlamento Nacional seriam marcadas pelo Presidente da República, depois de realizado o referido plebiscito (art. 178), e, enquanto não reunido o Parlamento, o Presidente da República teria o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União (art. 180).

Foi declarado, também, estado de emergência em todo o País (art. 186), período durante o qual o Presidente da República estava autorizado a tomar diversas medidas restritivas de direitos individuais.³¹

Como o plebiscito referido no art. 187 nunca se verificou – o que inviabilizou a eleição para o Parlamento – e os atos praticados pelo Presidente durante o estado de emergência não podiam ser conhecidos pelo Judiciário durante sua vigência (art. 170), o Executivo acabou se tornando quase absoluto, um Poder hegemônico, com graves consequências para os direitos e garantias individuais.

Quanto ao Tribunal de Contas, pela primeira vez a instituição foi prevista junto ao Poder Judiciário, havendo a Constituição lhe dedicado apenas um artigo:

Art. 114. Para acompanhar, diretamente ou por delegações organizadas de acordo com a lei, a execução orçamentária, julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e da legalidade dos contratos celebrados pela União, é instituído um Tribunal de Contas, cujos membros serão nomeados pelo Presidente da República, com a aprovação do Conselho Federal. Aos Ministros do Tribunal de Contas são asseguradas as mesmas garantias que aos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. A organização do Tribunal de Contas será regulada em lei.

³¹ Art. 168. Durante o estado de emergência as medidas que o Presidente da República é autorizado a tomar serão limitadas às seguintes:

- a) detenção em edifício ou local não destinados a réus de crime comum; desterro para outros pontos do território nacional ou residência forçada em determinadas localidades do mesmo território, com privação da liberdade de ir e vir;
- b) censura da correspondência e de todas as comunicações orais e escritas;
- c) suspensão da liberdade de reunião;
- d) busca e apreensão em domicílio.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em 20/02/2013.

Pelo Decreto-Lei nº 7, de 17 de novembro de 1937, continuaria o Tribunal a exercer as atribuições exercidas sob a égide da Constituição de 1934 no concernente às tomadas de contas, bem assim efetuaria registro prévio dos atos da administração pública de que resultasse obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional.

A recusa do registro suspenderia a execução dos contratos ou o cumprimento das ordens de pagamento até o pronunciamento do Presidente da República que, por despacho expresso, poderia determinar o cancelamento ou execução do ato.

Da leitura do dispositivo constitucional acima transcrito, se pode perceber que, diferentemente da Constituição de 1934, a Carta de 37 não previu o parecer prévio do Tribunal sobre as contas do Presidente da República. Foi com o Decreto-Lei nº 426, de 12 de maio de 1938, que se estabeleceu - ao nível infraconstitucional - a atribuição de o Tribunal de Contas emitir parecer prévio sobre as contas do Presidente, antes da sua remessa à Câmara dos Deputados. A fim de evitar surpresas desagradáveis, ficou estabelecido que o referido parecer deveria se submeter ao crivo do próprio Presidente antes de ser enviado à Câmara. Contudo, nada disso teve relevância. É que durante toda a vigência da Carta de 1937 a Câmara dos Deputados permaneceu fechada - o que equivale dizer que este tipo de controle não existiu de fato.

Outrossim, nos termos do art. 56 do referido Decreto-Lei, o controle do Tribunal de Contas não deveria se estender à utilidade, conveniência ou oportunidade dos atos submetidos ao seu exame, limitando-se à legalidade.

Com o engajamento do Brasil na 2ª Guerra Mundial, juntando-se aos aliados contra o nazifascismo, criou-se uma contradição interna, uma vez que o mesmo País que enviava soldados para morrer lutando pela democracia, internamente, adotava um regime autoritário. Com o aumento da pressão e a insatisfação dos militares, Getúlio Vargas foi deposto em 29 de outubro de 1945.

Com a deposição de Getúlio Vargas, a Presidência da República foi assumida por José Linhares que aprovou a Lei Constitucional nº 13, estabelecendo, de acordo com manifestação do Tribunal Superior Eleitoral, que os parlamentares eleitos nas próximas eleições de 02 de novembro de 1945 – que havia sido convocada por Vargas com o intuito de distender as tensões então existentes - teriam poderes ilimitados para votarem a próxima Constituição.

Nos termos da Lei Constitucional nº 15, Linhares exerceria os Poderes Executivo e Legislativo enquanto não fosse promulgada a nova Constituição.

Inspirada no texto da Constituição de 1934, a nova Constituição brasileira, promulgada em 18 de setembro de 1946, consagrou a democracia como regime político, a

república como forma de governo, a federação como forma de Estado (art. 1º) e o presidencialismo como sistema de governo (art. 78). A liberdade seria assegurada pela adoção de uma rígida separação de poderes, que vedava a cumulação e delegação de funções (art. 36).

Adotando postura de vanguarda, a Constituição brasileira previu expressamente a figura dos partidos políticos, aludindo ao pluripartidarismo (art. 141, § 13). Outrossim, manteve a tradição de regular ao nível constitucional a ordem econômica e social (art. 145 e seguintes).

Quanto ao Tribunal de Contas, agora previsto junto ao Poder Legislativo (Capítulo II do Título I), logo no art. 22 a Constituição estabeleceu que a administração financeira da União, especialmente a execução do orçamento, seria fiscalizada pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas.

Nos termos do art. 77 da Magna Carta, competia ao Tribunal de Contas acompanhar e fiscalizar diretamente, ou por delegações criadas em lei, a execução do orçamento; julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, e as dos administradores das entidades autárquicas; e julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões.

Os contratos que, por qualquer modo, interessassem à receita ou à despesa só se reputariam perfeitos depois de registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspenderia a execução do contrato até o pronunciamento do Congresso Nacional (art. 77, § 1º). Extinguiu-se, o registro automático em função do decurso *in albis* do prazo da Corte para analisar um registro. Seria sujeito a registro, ainda, prévio ou posterior, conforme a lei o estabelecesse, qualquer ato de Administração Pública de que resultasse obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional ou por conta deste (art. 77, § 2º). Em qualquer caso, a recusa do registro por falta de saldo no crédito ou por imputação a crédito impróprio teria caráter proibitivo. Quando a recusa tivesse outro fundamento, a despesa poderia efetuar-se com despacho do Presidente da República, registrando o Tribunal de Contas a despesa sob reserva e remetendo recurso *ex officio* para o Congresso Nacional (art. 77, § 3º).

Outrossim, constitucionalizou-se, novamente, norma que impunha a elaboração de parecer prévio, pelo Tribunal de Contas, sobre as contas que o Presidente da República deveria prestar anualmente ao Congresso Nacional. Se elas não lhe fossem enviadas no prazo da lei, o fato deveria ser comunicado ao Congresso Nacional para os fins de direito, apresentando-lhe o Tribunal, num e noutro caso, minucioso relatório de exercício financeiro encerrado (art. 77, § 4º).

Os Ministros do Tribunal de Contas seriam nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, e teriam os mesmos direitos, garantias, prerrogativas e vencimentos dos Juízes do Tribunal Federal de Recursos (art. 76, § 1º).

O Tribunal de Contas exerceria, no que lhe dissesse respeito, as atribuições constantes do art. 97 da Constituição e teria quadro próprio para o seu pessoal. Portanto, dentre outras competências, caberia ao próprio Tribunal eleger seu presidente e demais órgãos de direção, bem como elaborar seu Regimentos Interno (art. 76, § 2º).

Durante os quase vinte e um anos de vigência da Constituição de 1946, é fato que houve momentos em que a institucionalidade funcionou bem. Porém, em diversas passagens, os fatores reais de poder deixaram o escrúpulo de lado e entraram em ação para neutralizar a normatividade da Constituição. Pelo menos três desses momentos são emblemáticos: o primeiro, se verificou após a morte de Vargas, quando seu sucessor, Café Filho, afastado da presidência por motivo de saúde não conseguiu reassumir após seu restabelecimento (1955). É que temendo que articulações políticas inviabilizassem a posse do Presidente eleito (Juscelino Kubitschek), o Marechal Lott, ex-Ministro da Guerra, deflagrara um golpe preventivo e colocara no poder o então Presidente do Senado (Nereu Ramos). Aqui, tanto Café Filho, quanto Carlos Luz (seu sucessor constitucional), experimentaram a força dos fatores reais de poder; o segundo, se deu com a mudança das regras do jogo após a renúncia de Jânio Quadros. Como não conseguiram passagem para vetar a assunção de João Goulart à Presidência, os militares articularam a Emenda Constitucional nº 4, alterando a forma de governo para o parlamentarismo em ordem a evitar que João Goulart assumisse a Presidência em sua plenitude (1961); e o terceiro, se deu com a própria ruptura com a Constituição pelo golpe de 31 de março de 1964, perpetrado pelos militares temendo a crescente aproximação de João Goulart com a esquerda comunista. Daí até a promulgação da Carta de 1967, os Atos Institucionais valeriam mais que a Constituição.

Alguns dias após o golpe de 31 de março (1964), o General Castelo Branco assumiu o poder. Em 9 de abril foi publicado o Ato Institucional nº 1 (AI-1), através do qual ficou estabelecido que o Presidente da República e seu Vice seriam eleitos indiretamente pelo Congresso, dentro de dois dias, para o exercício do mandato até 31 de janeiro de 1966. Consoante o art. 10 do AI-1, através dos Atos Complementares nº 1 e nº 2, de 10 de abril, foram cassados os mandatos dos parlamentares da oposição e no dia seguinte, 11 de abril de 1964, Castelo Branco foi eleito Presidente da República.

Em 22 de julho de 1964, foi aprovada a Emenda nº 09 à Constituição de 1946 – formalmente ainda em vigor – prorrogando o mandato de Castelo Branco até 15 de março de 1967.

Em 07 de fevereiro de 1966, através do Ato Institucional nº 4 (AI-4), o Congresso Nacional foi convocado para se reunir, extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, para discutir, votar e promulgar o projeto de Constituição que seria apresentado pelo Presidente da República.

Nos termos do AI-4, no dia 24 de janeiro de 1967, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal deveriam promulgar a Constituição segundo a redação final atribuída pela Comissão Mista do Congresso ao projeto enviado pelo Presidente - com ou sem emendas, se nenhuma tivesse merecido aprovação ou se a votação não tivesse sido encerrada até o dia 21 de janeiro.³²

Contando com a maioria no Congresso Constituinte, o governo obteve a aprovação do projeto enviado sem alteração relevante em seu texto. Em 24 de janeiro de 1967, foi promulgada a primeira Constituição da ditadura militar, que entrou em vigor em 15 de março daquele mesmo ano.

³² Ato Institucional nº 4.

“Art 2º - Logo que o projeto de Constituição for recebido pelo Presidente do Senado, serão convocadas, para a sessão conjunta, as duas Casas do Congresso, e o Presidente deste designará Comissão Mista, composta de onze Senadores e onze Deputados, indicados pelas respectivas lideranças e observando o critério da proporcionalidade.

Art 3º- A Comissão Mista reunir-se-á nas 24 horas subseqüentes à sua designação, para eleição de seu Presidente e Vice-Presidente, cabendo àquele a escolha do relator, o qual dentro de 72 horas dará seu parecer, que concluirá pela aprovação ou rejeição do projeto.

Art 4º - Proferido e votado o parecer, será o projeto submetido a discussão, em sessão conjunta das duas Casas do Congresso, procedendo-se à respectiva votação no prazo de quatro dias.

Art 5º - Aprovado projeto pela maioria absoluta será o mesmo devolvido à Comissão, perante a qual poderão ser apresentadas emendas; se o projeto for rejeitado, encerrar-se-á a sessão extraordinária.

Art 6º As emendas a que se refere o artigo anterior deverão ser apoiadas por um quarto de qualquer das Casas do Congresso Nacional e serão apresentadas dentro de cinco dias seguintes ao da aprovação do projeto, tendo a Comissão o prazo de doze dias para sobre elas emitir parecer.

Art 7º- As emendas serão submetidas à discussão do Plenário do Congresso, durante o prazo máximo de doze dias, findo o qual passarão a ser votadas em um único turno.

Parágrafo único - Aprovada na Câmara dos Deputados pela maioria absoluta será, em seguida, submetida à aprovação do Senado e, se aprovada por igual maioria, dar-se-á por aceita a emenda.

Art 8º - No dia 24 de janeiro de 1967 as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgarão a Constituição, segundo a redação final da Comissão, seja a do projeto com as emendas aprovadas, ou seja o que tenha sido aprovado de acordo com o art. 4º, se nenhuma emenda tiver merecido aprovação, ou se a votação não tiver sido encerrada até o dia 21 de janeiro.”

Disponível em:

<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=4&tipo_norma=AIT&data=19661207&link=s>. Acesso em 20/02/2013.

O art. 71 da Constituição estabeleceu que a fiscalização financeira e orçamentária da União seria exercida pelo Congresso Nacional através de controle externo, e dos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos por lei.

O controle externo do Congresso Nacional seria exercido com o auxílio do Tribunal de Contas - mantido junto ao Legislativo - e compreenderia a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária e o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos (art. 71, § 1º).

Ao Tribunal de Contas competiria emitir parecer prévio, em sessenta dias, sobre as contas que o Presidente da República deveria prestar anualmente. Não sendo estas enviadas dentro do prazo, o fato seria comunicado ao Congresso Nacional, para os fins de direito, devendo o Tribunal, em qualquer caso, apresentar minucioso relatório do exercício financeiro encerrado (art. 71, § 2º).

A auditoria financeira e orçamentária seria exercida sobre as contas das unidades administrativas dos três Poderes da União, que, para esse fim, deveriam remeter demonstrações contábeis ao Tribunal de Contas, a quem caberia realizar as inspeções que considerasse necessárias. Note-se que acolhendo o argumento de que o registro prévio entravava o curso da execução orçamentária, a Constituição extinguiu tal mecanismo – já recessivo sob a égide da Constituição de 1946, municiando o Tribunal, em contrapartida, com poderes para a realização de auditorias e inspeções (art. 71, § 3º).

O julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis seria baseado em levantamentos contábeis, certificados de auditoria e pronunciamentos das autoridades administrativas, sem prejuízo das inspeções referidas no parágrafo anterior (art. 71, §4º).

Nos termos do parágrafo 4º do art. 73 da Constituição, o Tribunal representaria ao Poder Executivo e ao Congresso Nacional sobre irregularidades e abusos por ele verificados no exercício de suas atribuições de controle da administração financeira e orçamentária.

Outrossim, o Tribunal de Contas, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou das Auditorias Financeiras e Orçamentárias e demais órgãos auxiliares, se verificasse a ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, aposentadorias, reformas e pensões, deveria assinar prazo razoável para que o órgão da Administração Pública adotasse as providências necessárias ao exato cumprimento da lei e, no caso do não atendimento, deveria sustar a execução do ato, exceto em relação aos

contratos (art. 73, § 5º, “a” e “b”). Em se tratando de ato, o Presidente da República poderia ordenar a sua execução *ad referendum* do Congresso Nacional (art. 73, § 7º).

Na hipótese de contrato, o Tribunal deveria solicitar ao Congresso Nacional que determinasse sua sustação ou outras providências que julgasse necessárias ao resguardo dos objetivos legais (art. 73, § 5º. “c”). O Congresso Nacional deliberaria sobre a solicitação do Tribunal, no prazo de trinta dias, findo o qual, sem pronunciamento do Poder Legislativo, seria considerada insubsistente a impugnação (art. 73, § 6º).

Nos termos da Constituição, o Tribunal de Contas julgaria da legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões, independentemente de sua decisão as melhorias posteriores (art. 73, § 8º). Interpretando que o parágrafo 7º do art. 73 não se aplicava em relação aos atos mencionados no parágrafo 8º do mesmo artigo - cuja redação foi repetida na versão inicial da Carta de 1969 - se firmou o entendimento no sentido de que a decisão definitiva quanto a essas questões caberia ao Tribunal e, por conseguinte, o Presidente não poderia determinar sua execução *ad referendum* do Congresso Nacional.³³

Outra nova função foi cometida ao Tribunal pela Constituição, qual seja o cálculo das cotas estaduais e municipais nos Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios (art. 26).

Ainda nos termos do art. 73 da Constituição, o Tribunal teria seu próprio quadro de pessoal e teria competência para eleger seu Presidente e demais órgãos de direção, assim como para elaborar seu Regimento Interno e organizar seus serviços, provendo-lhes os cargos na forma da lei. A organização do Tribunal e sua eventual divisão em Câmaras, bem como a criação de delegações ou órgãos destinados a auxiliá-lo no exercício das suas funções e na descentralização dos seus trabalhos era matéria afeta à Legislação infraconstitucional (art. 73, § 2º).

Os Ministros do Tribunal de Contas seriam nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre brasileiros, maiores de trinta e

³³ O Enunciado nº 82 da Súmula da Jurisprudência do TCU se refere ao art. 72 da versão original da Constituição de 1969, que, nesse particular, era idêntico à de 1967. Enunciado nº 82: “Em tema de concessão de aposentadoria, reforma e pensão, quando impugnada pelo Tribunal de Contas da União, ao qual compete o julgamento definitivo na esfera administrativa (Constituição, art. 72, § 8º), não cabe ao Presidente da República a faculdade de ordenar a execução do ato, nem ao Congresso Nacional a sua homologação, com fundamento no § 7º do art. 72 citado.” BRASIL. Tribunal de Contas da União. Enunciado nº 82 da Súmula da Jurisprudência do TCU.

Disponível em:

<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/sumulas/BTCU_ESPECIAL_06_DE_04_12_20_07_SUMULAS.pdf>. Acesso em 20/02/2013.

cinco anos, de idoneidade moral e notórios conhecimentos jurídicos, econômicos, financeiros ou de administração pública, e teriam as mesmas garantias, prerrogativas, vencimentos e impedimentos dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos (art. 73, § 3º).

Após a posse de Costa e Silva, o regime militar se tornou cada vez mais opressivo. Com a recusa do Congresso em autorizar processo por crime contra a segurança nacional contra o Deputado Marcio Moreira Alves, o Presidente da República, após deliberação do Conselho de Segurança Nacional, editou, em 13 de dezembro de 1968, o Ato Institucional nº 5 (AI-5).

O mais rigoroso dos Atos Institucionais estabeleceu, dentre outras coisas: que o Presidente da República poderia decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores e que, uma vez decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente ficava autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios; que o Presidente da República poderia decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição; que o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderia suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais³⁴; que ficavam suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade; que o Presidente da República poderia, mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer servidores; que ficava suspensa a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular; e que todos os atos praticados de acordo com o referido Ato Institucional e seus Atos Complementares ficavam excluídos de qualquer apreciação judicial.

³⁴ Art. 5º - A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em:

- I - cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função;
- II - suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais;
- III - proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política;
- IV - aplicação, quando necessária, das seguintes medidas de segurança:
 - a) liberdade vigiada;
 - b) proibição de freqüentar determinados lugares;
 - c) domicílio determinado.

§ 1º - O ato que decretar a suspensão dos direitos políticos poderá fixar restrições ou proibições relativamente ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados.

§ 2º - As medidas de segurança de que trata o item IV deste artigo serão aplicadas pelo Ministro de Estado da Justiça, defesa a apreciação de seu ato pelo Poder Judiciário.

No mesmo dia foi editado o Ato Complementar nº 38 estabelecendo o recesso do Congresso por tempo indeterminado, operando-se, a partir daí, diversas cassações, inclusive no Supremo Tribunal Federal.

A Constituição conviveria até seu último dia com esses Atos Institucionais praticados pelo “Comando Supremo da Revolução”, que nos termos do seu art. 173 não estavam sujeitos ao controle judicial – foram 17 até a Constituição de 1969.

Em 01 de setembro de 1969, com a incapacidade do Presidente Costa e Silva – vítima de um derrame -, os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar foram investidos na função presidencial (AI-12).

Em 14 de outubro de 1969 é editado o Ato Institucional nº 16 (AI-16), declarando vagos os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República e convocando para o dia 25 daquele mesmo mês a eleição indireta para a Presidência da República. O Congresso, que estava em recesso, foi convocado para homologar a indicação do General Emílio Garrastazu Médici para o cargo.

Aproveitando-se que enquanto o Congresso estivesse em recesso caberia ao Presidente da República legislar sobre todas as matérias (AI-5) e que até a posse do próximo Presidente caberia à Junta Militar exercer as atribuições daquele, o bloco mais radical do regime, afirmando que a elaboração de emendas estava contida no processo legislativo, outorgou, em 17 de outubro de 1969 - antes mesmo da eleição de Médici -, nova Carta constitucional sob a forma de emenda à Constituição de 1967 (Emenda Constitucional nº 1).

Conforme expõe Sarmiento (2010, p. 71), não obstante a forma empregada, tratou-se de fato de nova Constituição. Isto não só pela amplitude das alterações, mas principalmente pelo fato dela não buscar seu fundamento de validade na carta emendada e sim no poder constituinte originário, do qual o “Comando Supremo da Revolução” se dizia porta-voz.

Pela nova Carta, ficaria o Executivo ainda mais fortalecido em detrimento dos demais Poderes. O mandato do Presidente passaria para seis anos e seus poderes seriam ampliados; no Legislativo, os parlamentares perderam a imunidade material quanto aos crimes contra a honra e a segurança nacional; e quanto ao Judiciário não houve alterações formais de relevo.

Os direitos fundamentais foram restringidos e o processo de reforma da Constituição foi tornado mais complexo em ordem a dificultar a alteração das normas ali inseridas em suporte ao regime.

Quanto ao Tribunal de Contas não houve alteração relevante na redação original em relação à Constituição de 1967. Todavia, cumpre destacar que pela Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, que alterou o art. 72 da Constituição de 1969, restou decidido que

também os atos concessivos de aposentadoria, reforma ou pensão, mesmo quando impugnados pelo Tribunal, poderiam ser executados mediante ordem do Presidente da República *ad referendum* do Congresso Nacional. O Tribunal de Contas apreciaria sua legalidade para fins de registro, não cabendo a si a palavra final como antes se entendera.³⁵

A partir da saída de Médici, com marchas e contramarchas, o regime caminhou lentamente, com os governos de Ernesto Geisel e João Batista de Oliveira Figueiredo, em direção à redemocratização do País, cujo ápice foi a promulgação da Constituição de 1988.

1.3 - O TCU na Constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, consagrou a democracia como regime político, a república como forma de governo, a federação como forma de Estado, a separação de poderes e o presidencialismo como sistema de governo.

Um extenso catálogo de direitos fundamentais foi previsto logo na parte inicial da Constituição³⁶, abarcando direitos individuais, sociais³⁷ e políticos. Outrossim, a Constituição de 1988 manteve a tradição de regular ao nível constitucional a ordem econômica e social.

O parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição estabeleceu que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.^{38 e 39}

³⁵ Enunciado nº 135 da Súmula da Jurisprudência do TCU: “Com o advento da Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, compete, em tema de concessão de aposentadoria, reforma e pensão, ao Presidente da República a faculdade de ordenar, “ad referendum” do Congresso Nacional, a execução de ato impugnado pelo Tribunal de Contas da União, descabendo a reiteração da medida presidencial (“non bis in idem”), quando o procedimento se consumou sob a égide da norma constitucional anterior (Enunciado nº 82 da Súmula da Jurisprudência do TCU).” BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. Enunciado nº 135 da Súmula da Jurisprudência do TCU.

Disponível em:

<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/sumulas/BTCU_ESPECIAL_06_DE_04_12_2007_SUMULAS.pdf>. Acesso em 20/02/2013.

³⁶ É certo que alguns direitos insertos no catálogo são apenas formalmente fundamentais, bem assim que uma certa inflação de direitos no referido catálogo acirra, pelo menos potencialmente, o atrito entre constitucionalismo e democracia, tendo em vista que os direitos fundamentais estão contidos no núcleo duro da Constituição previsto no inciso IV, do parágrafo 4º, do art. 60 (cláusulas pétreas).

³⁷ No Brasil, é majoritária a corrente que confere jusfundamentalidade aos direitos sociais.

³⁸ É correto afirmar-se que a intangibilidade das chamadas cláusulas pétreas se refere apenas ao núcleo essencial, e.g., da forma federativa, da separação de poderes e dos direitos fundamentais, permitindo assim, modificações que não invadam o referido núcleo.

³⁹ Entende-se que a Constituição disse menos do que de fato queria ao se referir apenas a direitos e garantias individuais no referido dispositivo, estendendo-se, com efeito, a proteção aos direitos sociais e políticos.

A Chefia do Governo e do Estado foi conferida ao Presidente da República, eleito pelo voto popular para mandato de 4 anos. Originariamente, foi vedada a reeleição para o período imediatamente subsequente, entretanto, a Emenda Constitucional nº 16, de 04 de junho de 1997, a autorizou para um único período subsequente.

O Poder Legislativo se manteve bicameral, formado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado. Os Deputados e Senadores, eleitos diretamente pelo povo, tiveram reconhecidas as imunidades formais e materiais necessárias ao exercício da função. Os deputados, eleitos pelo sistema proporcional, para mandato de quatro anos; os Senadores, pelo princípio majoritário, para mandato de 8 anos, com renovação a cada quatro anos de um ou dois terços.

Da mera comparação quantitativa entre os enunciados normativos relativos ao Tribunal de Contas da União, nas diversas Constituições brasileiras, resta inegável o acréscimo de importância conferido pelo constituinte de 1988 à Corte de Contas da União.

A análise do Tribunal de Contas da União à luz da ordem constitucional estabelecida em 1988 impõe o exame de diversas questões, umas já pacificadas em sede doutrinária e jurisprudencial, outras não. Sem prejuízo de outras, o *iter* a ser percorrido por quem quer que se proponha a tal empreitada impõe minimamente o enfrentamento das seguintes questões: (i) a identificação dos bens jurídicos tutelados no âmbito do que a constituição denominou por controle externo; (ii) a delimitação constitucional do objeto do controle externo; (iii) o relacionamento entre o controle externo e o controle interno; (iv) os sujeitos da relação jurídica de controle externo; (v) a posição institucional do TCU em relação aos Poderes da União; (vi) a independência e a autonomia do TCU; (vii) as competências constitucionais e infraconstitucionais do TCU; (viii) as capacidades institucionais do TCU; e (ix) o modelo federativo das Cortes de Contas no Brasil.

(i) os bens jurídicos tutelados pelo controle externo

Como já salientado acima, também as instituições superiores de controle experimentaram novos rumos com o advento do liberalismo. Seu vetor deixou de ser o controle dos bens da Coroa para ser a tutela dos bens jurídicos acima apontados (liberdade e propriedade). Desde então, tais instituições mantêm estreita relação com mecanismos caros ao

modelo liberal de Estado, a saber: a separação de poderes, os direitos fundamentais e a democracia.⁴⁰

Não há dúvida que o Tribunal de Contas da União é parte integrante do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) engendrado pelo constituinte pátrio sob os mesmos fundamentos apresentados por Montesquieu em ordem a tutelar a liberdade individual via limitação do poder político através do próprio poder (*le pouvoir arrête le pouvoir*).⁴¹

Não obstante não se encaixe perfeitamente no desenho clássico da separação de poderes – questão que será adiante esmiuçada, ao controlar a legalidade, a legitimidade e a economicidade das receitas e das despesas públicas, o TCU realiza, inexoravelmente, os fins visados pelo gênio francês, mitigando o risco de abuso de poder por parte daqueles que o exercem (*e.g.*, abuso do poder de tributar devido a malversação do dinheiro público).

No que diz respeito à relação das instituições de controle com os direitos fundamentais, dois momentos merecem distinção: o primeiro, quando se tem em mente o estado liberal eminentemente burguês; o segundo, quando se tem em mente um modelo estatal posterior, que caminhou da direita para o centro de uma linha imaginária da filosofia política.

Em “A Questão Judaica”⁴² Karl Marx demonstra como o Estado liberal foi concebido à feição da burguesia. Delineado para ocupar espaços mínimos - em reação ao Estado absoluto, não havia preocupação com a igualdade em sentido material, a igualdade interessava ao burguês no estrito limite da extinção dos privilégios estamentais. Nesse modelo estatal, além da liberdade no seu sentido negativo acima aludido, a interface das instituições superiores de controle com os direitos fundamentais se limitava à tutela da propriedade. É dizer, um controle que garantisse a correta aplicação dos recursos públicos mitigaria a necessidade futura de recurso à tributação.

Situação diversa ocorre na medida em que o modelo estatal se desloca da direita para a esquerda conforme acima se mencionou. É que com isso o Estado assume o dever de prestar diversos serviços públicos em ordem a garantir ao indivíduo uma gama variada de direitos. Com efeito, considerando o caso do Brasil, onde a elaboração do orçamento público deve ter como norte os objetivos fundamentais da República (art. 3º da Constituição), ao controlar a adequada execução do orçamento aprovado em conjunto pelos Poderes Executivo e

⁴⁰ A noção de governo das maiorias deve ser tomada com temperamentos, uma vez que é fato que no alvorecer do Estado liberal o voto era censitário e em países como os Estados Unidos o liberalismo conviveu com a escravidão.

⁴¹ MONTESQUIEU, Charles Louis de. *O Espírito das leis*. 4. ed. São Paulo: Martins Editora, 2003.

⁴² MARX, Karl. *A Questão Judaica*. 4. ed. São Paulo: Centauro, 2003.

Legislativo, o TCU estará, em muito, contribuindo para efetividade dos direitos fundamentais de natureza prestacional.

Outrossim, é estreita a relação entre democracia e instituições de controle. Seja na dimensão de governo de maioria, na medida em que o orçamento em si é produto da vontade da maioria no parlamento; seja na dimensão da legitimação do poder político pela adequada proteção e promoção dos direitos fundamentais.

Com efeito, a atuação do Tribunal de Contas no Brasil possui estreita relação com o que de mais central existe na Constituição de 1988, quais sejam os direitos fundamentais e a democracia.

(ii) a delimitação constitucional do objeto do controle externo

Delimitar o objeto do chamado controle externo é tarefa que impõe considerar os artigos 70 e 71 da Constituição e a legislação infraconstitucional.⁴³

O art. 70 estabelece que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder, sem especificar atos ou situações, à exceção do controle sobre a aplicação das subvenções e sobre as renúncias de receitas.

Por sua vez, o artigo 71 especifica diversos atos e situações sujeitos ao controle externo. Assim é que, *e.g.*, o inciso III do art. 71 da Constituição determina ao TCU “apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório”.

Nos termos do art. 41, II, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 (Lei Orgânica do TCU), e do art. 249 do seu Regimento Interno, o TCU, seja procedendo de ofício ou por provocação, poderá realizar fiscalizações (levantamentos, auditorias, inspeções, acompanhamentos e monitoramentos) em ordem a garantir a efetividade do controle de

⁴³ Cumpre ressaltar que o parágrafo único, do art. 161 da Constituição, estabelece que o TCU deverá realizar o cálculo das quotas referentes aos Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios.

quaisquer atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos sujeitos à sua *jurisdição*, bem assim em relação à aplicação das subvenções e renúncia de receitas.⁴⁴

Com efeito, a correta interpretação impõe admitir que para além do controle das subvenções e das renúncias de receitas, previsto no art. 70, e dos atos e situações especificamente previstos no art. 71, serão suscetíveis de controle externo, independentemente de previsão específica em lei, quaisquer atos de que resulte receita ou despesa pública – o que denota que a amplitude do chamado controle externo é vastíssima.⁴⁵

O art. 70 estabelece que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, mas onde devem ser buscadas as informações e no que consiste cada um desses tipos de fiscalização?

As principais fontes para a realização do referido controle são as leis orçamentárias (art. 165 da Constituição), as escriturações e registros de atos realizados no âmbito de cada unidade orçamentária e os resultados gerais de cada exercício, demonstrados através do Balanço Orçamentário, do Balanço Financeiro, do Balanço Patrimonial e da Demonstração das Variações Patrimoniais, previstos pelo art. 101, da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estabeleceu normas gerais para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços públicos.⁴⁶

A contabilidade pública evidenciará os fatos ligados à administração orçamentária, financeira e patrimonial, bem assim a situação de todos quantos arrecadem receitas, efetuem despesas, administrem ou guardem bens públicos ou confiados ao Estado.

À fiscalização de natureza contábil, interessa, especialmente, apurar se houve a observância das normas contábeis aplicáveis e a correspondência dos registros à documentação de suporte.

Do ponto de vista orçamentário, a contabilidade deverá evidenciar, em seus registros, o montante dos créditos orçamentários vigentes, a despesa empenhada e a realizada, à conta dos mesmos créditos, e as dotações disponíveis. O Balanço Orçamentário demonstrará as receitas e despesas previstas em confronto com as realizadas. Nos termos do art. 75 da Lei nº 4.320/64, o controle da execução orçamentária compreenderá a legalidade dos atos de que resultem a arrecadação da receita ou a realização da despesa; o nascimento ou a extinção de

⁴⁴ Mais adiante será apresentada a distinção entre os diversos instrumentos de fiscalização. Por ora, basta assinalar que as fiscalizações do TCU não se limitarão ao exame de documentos, sendo também permitida a visitação de obras públicas etc.

⁴⁵ Diversas leis infraconstitucionais atribuem competências ao TCU, como a Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

⁴⁶ A Constituição de 1988 a recepcionou como lei complementar por força do disposto no art. 163, I.

direitos e obrigações; a fidelidade funcional dos agentes da administração, responsáveis por bens e valores públicos; e o cumprimento do programa de trabalho expresso em termos monetários e em termos de realização de obras e prestação de serviços.

A fiscalização financeira abrangerá todas as operações de que resultem débitos e créditos de natureza financeira, não compreendidas na execução orçamentária (art. 93 da Lei nº 4.320/64). O Balanço Financeiro demonstrará a receita e a despesa orçamentárias, bem como os recebimentos e os pagamentos de natureza extra-orçamentária, conjugados com os saldos em espécie provenientes do exercício anterior, e os que se transferem para o exercício seguinte.

A fiscalização operacional terá como foco a eficácia, a eficiência, a economicidade e a efetividade de sistemas, programas, projetos e atividades governamentais e será realizada, na maior parte das vezes, através de auditorias. Suas conclusões terão grande valia para a promoção de ajustes em ações futuras. Segundo o próprio TCU:

As auditorias operacionais possuem características próprias que as distinguem das auditorias tradicionais. Devido à variedade e complexidade das questões tratadas, possuem maior flexibilidade na escolha de temas, objetos de auditoria, métodos de trabalho e forma de comunicar as conclusões de auditoria. Empregam ampla seleção de métodos de avaliação e investigação de diferentes áreas do conhecimento, em especial das ciências sociais. Além disso, essa modalidade de auditoria requer do auditor flexibilidade, imaginação e capacidade analítica.

Pela sua natureza, as auditorias operacionais são mais abertas a julgamentos e interpretações e seus relatórios, conseqüentemente, são mais analíticos e argumentativos. Algumas áreas de estudo, em função de sua especificidade, necessitam de conhecimentos especializados e abordagem diferenciada, como é o caso das avaliações de programa, auditoria de tecnologia de informação e de meio ambiente.⁴⁷

Por fim, cabe mencionar a fiscalização patrimonial. Nos termos do art. 94 da Lei nº 4.320/64, a Administração pública deve manter registros analíticos de todos os bens de caráter permanente, com indicação dos elementos necessários para a perfeita caracterização de cada um deles e dos agentes responsáveis pela sua guarda e administração. Nesse diapasão, o controle patrimonial terá como objeto, principalmente, os bens do chamado Ativo Permanente – conta que compreende os bens, créditos e valores, cuja mobilização ou alienação dependa de autorização legislativa.

⁴⁷ Site do TCU. Disponível em:

http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/programas_governo. Acesso em 18/10/2012.

(iii) o relacionamento entre o controle externo e o controle interno

Conforme dito acima, no âmbito federal, o controle externo será exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do TCU, e o controle interno será exercido pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: (i) avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; (ii) comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; (iii) exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; e (iv) apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Tomando como exemplo o que se passa com o Poder Executivo Federal, quando considerada sua dimensão e a amplitude dos seus serviços é forçoso reconhecer que o apoio realizado pelo controle interno é fundamental para que o controle externo possa desincumbir-se de sua missão institucional. É o que ocorre em relação ao julgamento de contas, previsto no inciso II, do art. 71 da Constituição, onde a atuação da Controladoria Geral da União – CGU, órgão de controle interno do Executivo Federal, é extremamente útil na organização e formalização das peças que constituirão os processos de contas da administração pública federal junto ao Tribunal de Contas da União.⁴⁸

Outrossim, os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

(iv) os sujeitos da relação jurídica de controle externo

Os sujeitos ativos do controle externo são o Congresso Nacional e o TCU. Nos termos do art. 71 da Constituição o controle externo, cujo objeto já se delimitou acima, será exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do TCU.

Neste tópico serão abordadas as competências que dizem respeito ao Congresso Nacional e em outro mais adiante, tendo em vista a amplitude e a relação com este estudo,

⁴⁸ Portaria nº 2.546, de 27 de dezembro de 2010, da Controladoria Geral da União.

serão abordadas as competências específicas do TCU. O presente tópico também abordará os sujeitos passivos do controle externo.

O inciso IX do art. 49 da Constituição dispõe competir exclusivamente ao Congresso Nacional julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo.

Outrossim, nos termos do art. 72 da Constituição, diante de indícios de despesas não autorizadas, ainda que sob a forma de investimentos não programados ou de subsídios não aprovados, a Comissão mista permanente de Senadores e Deputados, a que se refere o art. 166 da Constituição, poderá solicitar à autoridade governamental responsável que, no prazo de cinco dias, preste os esclarecimentos necessários. Não prestados os esclarecimentos, ou considerados estes insuficientes, a Comissão solicitará ao TCU pronunciamento conclusivo sobre a matéria, no prazo de trinta dias. Entendendo o Tribunal irregular a despesa, a Comissão, se julgar que o gasto possa causar dano irreparável ou grave lesão à economia pública, proporá ao Congresso Nacional sua sustação.

No caso dos contratos, mediante representação do TCU sobre irregularidades ou abusos apurados, o Congresso Nacional poderá sustar diretamente o prosseguimento da execução e solicitará ao Poder competente as medidas cabíveis.

Note-se que, em todas as situações acima, o povo, através dos seus representantes, está realizando o controle da correta aplicação dos recursos públicos, que são suportados, em grande parcela, mediante a cobrança de tributos.

Além disso, o TCU encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades e nos termos do art. 73 da Constituição caberá ao Congresso Nacional escolher dois terços dos Ministros do TCU.

Sujeito passivo da relação jurídica de controle externo pode ser qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. No caso específico do julgamento de contas, previsto no inciso II, do art. 71 da Constituição, sujeitam-se os administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, bem como aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

Com efeito, à guisa de exemplo, quando apurada irregularidade na concessão de crédito com recursos públicos, realizada por um Banco estatal federal, poderão ser

responsabilizados, nos termos da Constituição e da Lei Orgânica do TCU, os dirigentes da instituição, os técnicos responsáveis pela análise da operação e até mesmo os beneficiários do crédito, se comprovado o conluio.

(v) a posição institucional da Corte de Contas brasileira em relação aos Poderes da União

A discussão acerca da posição institucional do TCU é algo um tanto quanto bizantino. Isto porque tanto os que o consideram integrado ao Poder Legislativo quanto os que não o consideram, não divergem quanto ao fundamento de validade imediato de sua atuação: a própria Constituição.

Igualmente, ninguém coloca em dúvida sua autonomia para a escolha dos seus dirigentes e estabelecimento do seu regimento interno e nem quanto a sua independência funcional e financeira.

Conforme se disse acima, independentemente de sua posição institucional, o TCU é parte integrante do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) engendrado pelo constituinte pátrio sob os mesmos fundamentos apresentados por Montesquieu em ordem a tutelar a liberdade individual via limitação do poder político através do próprio poder (*le pouvoir arrête le pouvoir*). Justamente por isso, qualquer, projeto de emenda constitucional que possua como finalidade a supressão do controle externo, de alguma atribuição nuclear do TCU ou, ainda, de prerrogativas sem as quais o exercício do seu mister venha a ser prejudicado, não poderá, sequer, ser objeto de deliberação por afrontar os incisos III e IV, do parágrafo 4º, do art. 60 da Constituição (separação de poderes e direitos e garantias individuais).

Contudo, é preciso deixar claro a posição perfilhada neste trabalho sobre este ponto. Para tanto convém transcrever o art. 168 da Constituição:

Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º. (Redação conferida pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Ao estabelecer quais órgãos gozarão da chamada autonomia financeira, o constituinte não mencionou expressamente o Tribunal de Contas da União, embora tenha mencionado,

inclusive, a Defensoria Pública, que sob os mais variados ângulos que se queira observar, inegavelmente, não goza do mesmo *status* conferido ao TCU pela Constituição.⁴⁹

Tal fato, aliado à posição topográfica do TCU no texto Constitucional, junto ao Poder Legislativo (Título IV, Capítulo I, Seção IX), leva a concluir-se que, para o constituinte pátrio, o TCU estava inserido junto ao Poder Legislativo da União.

De notar, ainda, que o próprio legislador infraconstitucional perfilha a posição adotada neste trabalho, conforme se pode depreender do art. 1º da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que estabelece que suas disposições obrigam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e que nas referências à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estão compreendidos o Poder Executivo, o Poder Legislativo, *neste abrangidos os Tribunais de Contas*, o Poder Judiciário e o Ministério Público⁵⁰. No art. 20, igualmente, inclui expressamente o TCU no âmbito do Legislativo Federal⁵¹.

Assim, para os que perfilham a posição contrária – TCU fora do Legislativo - a defesa de tal entendimento impõe, indubitavelmente, um ônus argumentativo muito mais elevado.

(vi) a independência e a autonomia do TCU

Nos termos da clássica lição de Hely Lopes Meirelles, órgãos independentes são os que retiram seu fundamento de validade diretamente da Constituição, não possuindo

⁴⁹ Não obstante se reconheça tratar-se a Defensoria Pública de instituição deveras relevante na tutela estatal aos direitos fundamentais e imprescindível ao Estado Democrático de Direito.

⁵⁰ Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

§ 2º As disposições desta Lei Complementar obrigam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

§ 3º Nas referências:

I - à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estão compreendidos:

a) o Poder Executivo, o Poder Legislativo, neste abrangidos os Tribunais de Contas, o Poder Judiciário e o Ministério Público;

⁵¹ Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais:

I - na esfera federal:

2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União;

§ 2o Para efeito deste artigo entende-se como órgão:

I - o Ministério Público;

II - no Poder Legislativo:

a) Federal, as respectivas Casas e o Tribunal de Contas da União;

subordinação hierárquica em relação a nenhum outro. O controle de tais órgãos é realizado através do sistema de freios e contrapesos estabelecido pela própria Constituição (*checks and balances*).⁵²

Conforme se disse acima, o TCU retira seu fundamento de validade diretamente da Constituição e qualquer emenda que vise restringir a essência de suas funções e garantias deve ser tomada por inconstitucional. Por um lado, ele participa do sistema de freios e contrapesos realizando o controle da Administração Pública direta e indireta dos três Poderes da União relativamente às receitas e despesas em geral, bem como exerce as competências específicas previstas no art. 71 da Constituição. De outro, suas próprias contas são controladas pelo Poder Legislativo e o Poder Judiciário - quando provocado - pode realizar o controle dos seus atos.

Com efeito, a conclusão não pode ser outra senão a admissão do TCU no seletorol dos órgãos independentes da República.

Embora acertada, tal conclusão merece esclarecimentos, uma vez que aparentemente gera uma contradição com a posição perfilhada linhas acima no sentido de que o TCU está inserido no Poder Legislativo.

Conforme justificado anteriormente, além da sua posição topográfica no texto da Constituição, tal entendimento – inserção do TCU no Poder Legislativo – decorre do fato de que ao estabelecer quais órgãos gozarão da chamada autonomia financeira (art. 168), o constituinte não mencionou expressamente o Tribunal de Contas, antes mencionou apenas os Poderes Legislativo e Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública. Contudo, em momento algum se afirmou existir relação de subordinação entre a Corte de Contas e as Casas do Congresso – o que fulminaria sua independência. Ao revés, a relação existente é de cooperação eminentemente técnica, competindo ao TCU subsidiar sob este aspecto o Congresso Nacional, suas Casas e Comissões (art. 71, I, IV e VII; art. 166).

A ampla autonomia financeira e administrativa do TCU, o modo de escolha dos seus Ministros e as garantias que lhes são conferidas pela Constituição, corroboram o entendimento no sentido da inexistência de vínculo de subordinação entre a Corte de Contas e as Casas do Congresso.

Nos termos do *caput* do art. 73 da Constituição, o Tribunal de Contas da União exercerá, no que couber, o previsto no art. 96 para os tribunais do Poder Judiciário. Assim, é competência privativa do TCU, dentre outras: eleger seus órgãos diretivos e elaborar seu

⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 56-58.

Regimento Interno, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos seus órgãos; organizar suas secretarias e serviços, bem como exercer o poder disciplinar; prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, os cargos da carreira, exceto os de confiança assim definidos em lei; conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e servidores que lhes forem imediatamente vinculados; e propor, ao Poder Legislativo, a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços, bem como a fixação do subsídio de seus membros.⁵³

Outrossim, consoante o § 2º do referido art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos: um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antigüidade e merecimento; e dois terços pelo Congresso Nacional. Além disso, os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40 da Constituição (art. 73, § 3º da Constituição).⁵⁴

Assim, a despeito da reverência prestada pelo constituinte originário à teoria tripartite de Montesquieu, alocando formalmente o TCU junto ao Poder Legislativo, é forçoso reconhecer que a Corte de Contas brasileira não possui qualquer vínculo de subordinação às Casas do Congresso Nacional.

(vii) as competências constitucionais e infraconstitucionais do TCU

Na parte permanente da Constituição de 1988, diversos dispositivos conferem competência ao Tribunal de Contas da União: o art. 33 estabelece que as contas do Governo do Território serão submetidas ao Congresso Nacional, com parecer prévio do Tribunal de

⁵³ É importante aqui mencionar a ressalva contida no trabalho de Carlos Roberto Siqueira Castro no sentido de que a atividade normativa dos Tribunais de Contas, consubstanciada na elaboração do seu Regimento Interno e na emissão de deliberações e Resoluções, devem ter por objeto o funcionamento dos seus próprios serviços ou restringir-se ao âmbito das competências conferidas pela própria Constituição. “Nessa visão técnica e estreita, não é dado aos Tribunais de Contas editar validamente, a qualquer título, regras de direito, sejam elas independentes ou regulamentares, mas que sejam abstratas e contenham imposição de obrigações a terceiros, sejam eles administradores públicos ou particulares administrados”. In: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. v.18, n. 38, p. 40-56, out./ dez. 1997.

⁵⁴ Além disso, a Constituição prevê, no art. 102, foro privilegiado por prerrogativa de função em favor dos Ministros do TCU.

Contas da União⁵⁵; os artigos 70 e 71 estabelecem as competências típicas do controle externo; e o art. 161 estabelece que o TCU deverá realizar o cálculo das quotas referentes aos Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios.

No Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o art. 26 dispôs que no prazo de um ano a contar da promulgação da Constituição, o Congresso Nacional promoveria, através de Comissão mista, exame analítico e pericial dos atos e fatos geradores do endividamento externo brasileiro e que tal Comissão, com a força legal de Comissão Parlamentar de Inquérito para os fins de requisição e convocação, atuaria com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

Em sede infraconstitucional, diversos diplomas conferem ou detalham competências relativamente ao Tribunal de Contas da União, tais como: a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 (Lei das Inelegibilidades)⁵⁶; a Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal)⁵⁷; a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964 (Lei de Finanças

⁵⁵ No momento o Brasil não possui nenhum Território Federal.

⁵⁶ Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

Art. 26-B. O Ministério Público e a Justiça Eleitoral darão prioridade, sobre quaisquer outros, aos processos de desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade até que sejam julgados, ressalvados os de habeas corpus e mandado de segurança. (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

§ 1º É defeso às autoridades mencionadas neste artigo deixar de cumprir qualquer prazo previsto nesta Lei Complementar sob alegação de acúmulo de serviço no exercício das funções regulares. (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

§ 2º Além das polícias judiciárias, os órgãos da receita federal, estadual e municipal, os tribunais e órgãos de contas, o Banco Central do Brasil e o Conselho de Controle de Atividade Financeira auxiliarão a Justiça Eleitoral e o Ministério Público Eleitoral na apuração dos delitos eleitorais, com prioridade sobre as suas atribuições regulares. (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

⁵⁷ Art. 56. As contas prestadas pelos Chefes do Poder Executivo incluirão, além das suas próprias, as dos Presidentes dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Chefe do Ministério Público, referidos no art. 20, as quais receberão parecer prévio, separadamente, do respectivo Tribunal de Contas.

Art. 59. O Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas, e o sistema de controle interno de cada Poder e do Ministério Público, fiscalizarão o cumprimento das normas desta Lei Complementar, com ênfase no que se refere a:

§ 1º Os Tribunais de Contas alertarão os Poderes ou órgãos referidos no art. 20 quando constatarem:

I - a possibilidade de ocorrência das situações previstas no inciso II do art. 4º e no art. 9º;

II - que o montante da despesa total com pessoal ultrapassou 90% (noventa por cento) do limite;

III - que os montantes das dívidas consolidada e mobiliária, das operações de crédito e da concessão de garantia se encontram acima de 90% (noventa por cento) dos respectivos limites;

IV - que os gastos com inativos e pensionistas se encontram acima do limite definido em lei;

Públicas)⁵⁸; a Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 (Lei Orgânica do TCU); a Lei nº 8.666, de 21 de junho 1993 (Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública)⁵⁹; e a Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 2003 (regula a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções públicas).⁶⁰ Além disso, é extenso o elenco das competências da Corte detalhado nos trinta e quatro incisos do art. 1º do Regimento Interno do TCU.

V - fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidades na gestão orçamentária.

§ 2º Compete ainda aos Tribunais de Contas verificar os cálculos dos limites da despesa total com pessoal de cada Poder e órgão referido no art. 20.

§ 3º O Tribunal de Contas da União acompanhará o cumprimento do disposto nos §§ 2o, 3o e 4o do art. 39.

Art. 73-A. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar ao respectivo Tribunal de Contas e ao órgão competente do Ministério Público o descumprimento das prescrições estabelecidas nesta Lei Complementar. (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

⁵⁸ Art. 76. O Poder Executivo exercerá os três tipos de controle a que se refere o artigo 75, sem prejuízo das atribuições do Tribunal de Contas ou órgão equivalente.

Art. 82. O Poder Executivo, anualmente, prestará contas ao Poder Legislativo, no prazo estabelecido nas Constituições ou nas Leis Orgânicas dos Municípios.

§ 1º As contas do Poder Executivo serão submetidas ao Poder Legislativo, com Parecer prévio do Tribunal de Contas ou órgão equivalente.

Art. 84. Ressalvada a competência do Tribunal de Contas ou órgão equivalente, a tomada de contas dos agentes responsáveis por bens ou dinheiros públicos será realizada ou superintendida pelos serviços de contabilidade.

⁵⁹ Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

§ 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

⁶⁰ Art. 1º É obrigatória a apresentação de declaração de bens, com indicação das fontes de renda, no momento da posse ou, inexistindo esta, na entrada em exercício de cargo, emprego ou função, bem como no final de cada exercício financeiro, no término da gestão ou mandato e nas hipóteses de exoneração, renúncia ou afastamento definitivo, por parte das autoridades e servidores públicos adiante indicados:

§ 2º O declarante remeterá, incontinenti, uma cópia da declaração ao Tribunal de Contas da União, para o fim de este:

I - manter registro próprio dos bens e rendas do patrimônio privado de autoridades públicas;

II - exercer o controle da legalidade e legitimidade desses bens e rendas, com apoio nos sistemas de controle interno de cada Poder;

III - adotar as providências inerentes às suas atribuições e, se for o caso, representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados;

IV - publicar, periodicamente, no Diário Oficial da União, por extrato, dados e elementos constantes da declaração;

V - prestar a qualquer das Câmaras do Congresso Nacional ou às respectivas Comissões, informações solicitadas por escrito;

VI - fornecer certidões e informações requeridas por qualquer cidadão, para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa, na forma da lei.

Neste tópico, a análise será restrita às competências previstas no art. 71 da Constituição.

a) inciso I (parecer sobre as contas do governo)

Nos termos do inciso I do art. 71 da Constituição, compete ao Tribunal de Contas da União apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento.

Segundo o art. 51 da Constituição, o Presidente da República deverá prestar as contas do exercício findo até 60 dias após a abertura da sessão legislativa seguinte, sob pena de se submeter à tomada de contas por parte da Câmara dos Deputados. Por sua vez, o julgamento propriamente dito é competência exclusiva do Congresso Nacional, que, para isso, será subsidiado pelo parecer do Tribunal de Contas da União. A falta do parecer prévio do TCU acarretará a nulidade do julgamento realizado pelo Congresso Nacional.

As contas prestadas pelo Presidente da República consistirão nos Balanços Gerais da União e no relatório do órgão central do sistema de controle interno do Poder Executivo sobre a execução dos orçamentos. Nos termos do art. 56 da Lei de Responsabilidade Fiscal, as contas prestadas pelos Chefes do Poder Executivo de cada esfera, incluirão, além das suas próprias, as contas dos Presidentes dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Chefe do Ministério Público, as quais receberão parecer prévio, separadamente, do respectivo Tribunal de Contas.⁶¹

O julgamento realizado pelo Congresso Nacional, com fundamento no inciso I do art. 71, é de cunho político, se refere às contas do Presidente da República em termos globais, não ficando, de maneira alguma, o Congresso Nacional vinculado às conclusões do parecer prévio do TCU. Tal julgamento em muito se difere do julgamento de contas realizado pelo TCU com fundamento no inciso II do mesmo artigo. Para distinção, veja-se a Ementa do julgamento proferido pelo plenário do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 849-MT, julgada em 11 de fevereiro de 1999:

⁶¹ Segundo o parágrafo único do art. 36. da Lei Orgânica do TCU as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República consistirão nos balanços gerais da União e no relatório do órgão central do sistema de controle interno do Poder Executivo sobre a execução dos orçamentos de que trata o § 5º do art. 165 da Constituição Federal.

Tribunal de Contas dos Estados: competência: observância compulsória do modelo federal: inconstitucionalidade de subtração ao Tribunal de Contas da competência do julgamento das contas da Mesa da Assembléia Legislativa - compreendidas na previsão do art. 71, II, da Constituição Federal, para submetê-las ao regime do art. 71, c/c. art. 49, IX, que é exclusivo da prestação de contas do Chefe do Poder Executivo.

I. O art. 75, da Constituição Federal, ao incluir as normas federais relativas à "fiscalização" nas que se aplicariam aos Tribunais de Contas dos Estados, entre essas compreendeu as atinentes às competências institucionais do TCU, nas quais é clara a distinção entre a do art. 71, I - de apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas do Chefe do Poder Executivo, a serem julgadas pelo Legislativo - e a do art. 71, II - de julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, entre eles, os dos órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

II. A diversidade entre as duas competências, além de manifesta, é tradicional, sempre restrita a competência do Poder Legislativo para o julgamento às contas gerais da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, precedidas de parecer prévio do Tribunal de Contas: cuida-se de sistema especial adstrito às contas do Chefe do Governo, que não as presta unicamente como chefe de um dos Poderes, mas como responsável geral pela execução orçamentária: tanto assim que a aprovação política das contas presidenciais não libera do julgamento de suas contas específicas os responsáveis diretos pela gestão financeira das inúmeras unidades orçamentárias do próprio Poder Executivo, entregue a decisão definitiva ao Tribunal de Contas.⁶²

Convém destacar que no caso de parecer contrário, emitido pelas Cortes de Contas estaduais em relação às contas de prefeito municipal, o STF tem decidido que o Legislativo municipal está obrigado a viabilizar aos prefeitos o exercício do contraditório e da ampla defesa em ordem a garantir a observância do devido processo legal na sua dimensão procedimental.⁶³ Veja-se a Ementa do Recurso Extraordinário nº 261.885/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão:

PREFEITO MUNICIPAL. CONTAS REJEITADAS PELA CÂMARA DE VEREADORES. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DO DIREITO DE DEFESA (INC. LV DO ART. 5º DA CF).

Sendo o julgamento das contas do recorrente, como ex-Chefe do Executivo Municipal, realizado pela Câmara de Vereadores mediante parecer prévio do Tribunal de Contas, que poderá deixar de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Casa Legislativa (arts. 31, § 1º, e 71 c/c o 75 da CF), é fora de dúvida que, no presente caso, em que o parecer foi pela rejeição das contas, não poderia ele, em face da norma constitucional sob referência, ter sido aprovado, sem que se houvesse propiciado ao interessado a oportunidade de opor-se ao referido pronunciamento técnico, de maneira ampla, perante o órgão legislativo, com vista à sua almejada reversão. Recurso conhecido e provido.

⁶² STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI Nº 849 / MT – MATO GROSSO. Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 11/02/1999. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 23/04/1999 PP 00001 EMENT VOL-01947-01 PP-00043

⁶³ STF: AC 2.085-MC/MG, Rel. Min. MENEZES DIREITO; RE 235.593/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO; RE 313.545/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES; RE 394.634/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA; RE 367.562/MG, Rel. Min. DIAS TOFFOLI; RE 447.555/MG, Rel. Min. CARMEN LÚCIA; RE 459.740/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO; e RE 583.539/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE.

Como o fundamento de tais decisões repousa na própria Constituição (art. 5º, LIV e LV), é correto afirmar que o mesmo deverá ser observado no caso do julgamento das contas do Presidente da República.

b) inciso II (julgamento de contas)

O inciso II do art. 71 dispõe competir ao TCU julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, bem assim as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público. Portanto, sujeito passivo da prestação de contas é todo aquele que se enquadre nas situações descritas no parágrafo único do art. 70⁶⁴ e no inciso II do art. 71 da Constituição – inclusive particulares.

Como visto acima (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 849-MT) a aprovação das contas do Presidente da República pelo Congresso Nacional não libera do julgamento de suas contas específicas os responsáveis diretos pela gestão financeira das inúmeras unidades orçamentárias do próprio Poder Executivo. As contas por eles prestadas ou deles tomadas – quando não prestadas – podem ser julgadas regulares, regulares com ressalvas, irregulares ou ilíquidáveis.^{65 e 66}

⁶⁴ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

⁶⁵ A primeira hipótese ocorre quando a conta expressa, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável. As ressalvas, por sua vez, decorrem da existência de impropriedades ou falhas de natureza formal de que não resultem danos ao erário. Já a ocorrência de irregularidades das contas advém da omissão no dever de prestá-las; da prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; de dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico; de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos e de reincidência no descumprimento de determinações do Tribunal. Por fim, as contas serão consideradas ilíquidáveis quando caso fortuito ou força maior tornar materialmente impossível o julgamento de mérito. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/normativos/sobre_normativos/regimento.pdf>. Acesso em 29/10/2012.

⁶⁶ Em caso de julgamento pela irregularidade, as seguintes medidas podem ser aplicadas pelo TCU, isolada ou cumulativamente:

- a condenação ao recolhimento do débito eventualmente apurado;
- a aplicação ao agente público de multa proporcional ao valor de prejuízo causado ao erário, sendo o montante do dano o limite máximo da penalidade;

Todavia, é a natureza jurídica desse julgamento que releva para o presente trabalho. Autores há que vislumbram nele verdadeira atividade jurisdicional; outros, porém, lhe recusam tal natureza, atribuindo-lhe a natureza de decisão administrativa.

A discussão não é nova e ainda sob a égide da Constituição de 1946, Pontes de Miranda assim se posicionou:

Hoje, e desde 1934, a função de julgar as contas está claríssima, no texto constitucional. Não havemos de interpretar que o Tribunal de Contas julgue e outro juiz as rejulgue depois. Tratar-se-ia de absurdo *bis in idem*. Ou o Tribunal de Contas julga, ou não julga.⁶⁷

Os dispositivos das Cartas de 1934 e 1946 eram bem semelhantes ao da atual Constituição. Nos termos do art. 99 da Constituição de 1934, ao Tribunal de Contas competia acompanhar a execução orçamentária e *julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos*. Já o art. 77 da Constituição de 1946, conferiu, dentre outras, competência ao Tribunal de Contas para *julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, e as dos administradores das entidades autárquicas*.

Seabra Fagundes, analisando o parágrafo 4º do art. 70 da Constituição de 1969, que estabelece que o *julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis será baseado em levantamento contábeis etc.*, aderiu ao entendimento de Pontes de Miranda:

O teor jurisdicional das decisões, nesses casos, se depreende da própria substância deles; não do emprego da palavra julgamento pelos textos do direito positivo. Resulta do sentido definitivo da manifestação da Corte, pois se a regularidade das contas pudesse dar a lugar a nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento seria mero e inútil formalismo, restando inexplicável a mobilização, para fazê-lo, de um órgão altamente qualificado pelos requisitos de investidura e garantia dos seus membros (Emenda nº 1, art. 72, §3º). Sob este aspecto restrito (o

-
- a aplicação de multa ao responsável por contas julgadas irregulares, por ato irregular, ilegítimo ou antieconômico, por não atendimento de diligência ou determinação do Tribunal, por obstrução ao livre exercício de inspeções ou auditorias e por sonegação de processo, documento ou informação;
 - o afastamento provisório de seu cargo, do dirigente responsável por cerceamentos a inspeções e auditorias enquanto durarem os respectivos trabalhos;
 - a decretação, no curso de qualquer apuração de irregularidade, da indisponibilidade, por prazo não superior a um ano, dos bens do responsável considerados bastantes para garantir o ressarcimento do prejuízo;
 - a declaração de inabilitação, pelo período de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da administração pública;
 - a declaração de inidoneidade do responsável por fraude em licitação para participar, por até cinco anos, de certames licitatórios promovidos pela administração pública;
 - a determinação à Advocacia-Geral da União, ou ao dirigente de entidade jurisdicionada, de adoção de providências para arresto dos bens de responsáveis julgados em débito.

⁶⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*, v. III, 4. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1963, p. 22.

criminal fica ao exame do Poder Judiciário) as Cortes de Contas decidem conclusivamente.⁶⁸

No mesmo sentido, ao se referir a essa hipótese do julgamento de contas, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes afirma que o constituinte originário poderia – como de fato entende haver feito – restringir o direito fundamental à jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição). No seu entendimento, o referido dispositivo estabelece que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, não se aplicando tal restrição, portanto, ao próprio constituinte. Cita como exemplos dessa mesma atitude por parte do constituinte o julgamento das contas do Presidente da República pelo Congresso Nacional; o julgamento do Presidente e do Vice-Presidente da República pelo Senado, nos casos de crime de responsabilidade; e o julgamento, também nos crimes de responsabilidade, dos Ministros do STF, do Procurador Geral da República e do Advogado Geral da União pelo Senado.⁶⁹

Em sentido diametralmente oposto, José Afonso da Silva sustenta a natureza administrativa do julgamento de contas realizado pelo TCU:

(...) se apresenta como órgão técnico; e suas decisões são administrativas, não jurisdicionais, como, às vezes, se sustenta, à vista da expressão “julgar as contas” referida à sua atividade (art. 71, II) . A mesma expressão é também empregada no art. 49, IX, em que se dá ao Congresso Nacional competência para *julgar anualmente as contas* prestadas pelo Presidente da República e nem por isso se dirá que ele exerce função judicante.⁷⁰

No mesmo sentido, manifesta-se José Cretella Júnior:

Somente quem confunde ‘administração’ com ‘jurisdição’ e ‘função administrativa’ com ‘função jurisdicional’ poderá sustentar que as decisões dos Tribunais de Contas do Brasil são de natureza judicante. Na realidade, nem uma das muitas e relevantes atribuições da Corte de Contas entre nós é de natureza jurisdicional.⁷¹

Em trabalho acerca da responsabilidade civil do Estado, Flávio de Araújo Willeman também se posicionou com a segunda corrente:

Sem embargo das opiniões contrárias, pensamos possuir a atividade de julgamento exercida pelos Tribunais de Contas natureza administrativa, não havendo espaço para equipará-la à típica decisão judicial do Poder Judiciário, mormente para fins de

⁶⁸ FAGUNDES, Seabra. *Os Tribunais de Contas na estrutura constitucional brasileira*. Revista do Tribunal de Contas da União, dez, v 10, n. 20, p.82, 1979.

⁶⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Limites a revisibilidade judicial das decisões dos tribunais de contas*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. n. 02, ano XVI, 1998, p.78.

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 635.

⁷¹ CRETILLA JÚNIOR, José. *Natureza das Decisões do Tribunal de Contas*. Revista de Direito Administrativo. n. 116. Out/dez 1986, p. 1-2.

responsabilidade civil, em razão da aplicação do princípio da jurisdição una (ou inafastabilidade do controle jurisdicional), inserto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.⁷²

Não obstante o procedimento do julgamento de contas perante o TCU, indubitavelmente, denote preocupação com os direitos ao contraditório e à ampla defesa daqueles que têm suas contas julgadas, existem aspectos que lhe são peculiares que, inexoravelmente, obstam sua equiparação a um processo judicial criador de coisa julgada material. No processo perante o TCU: (i) não se observa o postulado da inércia da jurisdição, representado pelo brocardo latino *ne procedat iudex ex officio*, que tem como escopo garantir a imparcialidade do órgão julgador (*e.g.*, tomada de contas); e (ii) a parte não necessariamente estará representada por advogado.

Imagine-se hipótese em que o TCU, recebendo uma representação sobre irregularidades (violação do princípio da eficiência) na utilização de recursos públicos da União, realize inspeção para ouvir o ordenador de despesas e analisar a documentação pertinente. Após isto, à luz das informações apuradas, decida o TCU pela procedência da representação e consequentemente pela instauração de processo de tomada de contas em face do ordenador de despesas e de um particular que supostamente teria concorrido para perpetração das irregularidades. Imagine-se, ainda, que, embora ambos tenham apresentado por escrito suas defesas no processo de tomada de contas, não compareceram ao processo sob o patrocínio de advogado, não houve produção de prova, não houve sustentação oral na sessão de julgamento, nenhum recurso foi interposto durante todo o processo e a alegada ineficiência não era manifesta. Considerando que nos termos do §3º do art. 71 da Constituição a decisão final do TCU que imputa débito ou multa possui eficácia de título executivo, estaria vedado a ambos, quando executados judicialmente, alegar na via adequada qualquer das matérias previstas no art. 745 do Código de Processo Civil a fim de desconstituir o referido título executivo? Suas alegações deveriam ficar restritas àquelas permitidas às impugnações aos títulos executivos judiciais? Tendo em vista a natureza extrajudicial do referido título, a resposta deve ser negativa para ambas as questões⁷³. A decisão do TCU não faz coisa julgada

⁷² WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Os Tribunais de Contas e a Responsabilidade Patrimonial do Estado*. Disponível em:

<<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE29278.pdf/rev630307OsTCResponsabilidadePatrimonialEstado.pdf>> . Acesso em 29/10/2012.

⁷³ Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

VIII - todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

fora da esfera administrativa. É administrativa e pode ser amplamente questionada na via judicial conforme será visto no Capítulo IV.

Tratando-se de decisão de cunho administrativo, aplica-se em seu inteiro teor a lição de Hely Lopes Meirelles (1998, p.56-58):

O sistema judiciário ou de jurisdição única, também conhecido por sistema inglês e, modernamente, denominado sistema de controle judicial, é aquele em que todos os litígios de natureza administrativa ou de interesses exclusivamente privados – são resolvidos judicialmente pela Justiça Comum, ou seja, pelos juizes e tribunais do Poder Judiciário. (...) Não existe, pois, no sistema anglo-saxônio, que é o da jurisdição única (da Justiça Comum), o contencioso administrativo do regime francês. Toda controvérsia, litígio ou questão entre particular e a Administração resolve-se perante o Poder Judiciário, que é o único competente para proferir decisões com autoridade final e conclusiva, a que o citado, Freund denomina *final enforcing power* e que equívale à coisa julgada judicial. O Brasil adotou, desde a instauração de sua Primeira República (1891), o sistema da jurisdição única, ou seja, o do controle administrativo pela Justiça Comum.

O próprio legislador infraconstitucional parece comungar com esse entendimento recusando às decisões do TCU a força da coisa julgada material. Veja-se a Lei Complementar nº 64/90 (Lei das Inelegibilidades):

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, *salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário*, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010); (Grifo nosso)

Note-se, a impugnação à rejeição das contas pode ser realizada perante à jurisdição comum; a inexistência de dolo, para fins eleitorais, na especial (art. 2º da Lei Complementar nº 64/90).

Veja-se, ainda, a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa):

Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento;

II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

Com efeito, se pode concluir que a segunda corrente é a mais adequada ao desenho institucional plasmado na Constituição de 1988. É dizer que o modelo engendrado pelo constituinte, embora atribua ao TCU competência para julgar as contas dos obrigados a sua prestação, não exclui o julgamento de contas do controle do judiciário. Portanto, a questão relevante não é o cabimento ou o descabimento do controle judicial sobre os julgamentos de contas realizados pelo TCU, antes é *como deve proceder o Poder Judiciário no controle de tais julgamentos*.

Para responder a tal questão, no Capítulo IV serão propostos parâmetros para o exercício de um tal controle pelo Poder Judiciário.

c) inciso III (registro de atos administrativos)

O inciso III do art. 71 estabelece competir ao TCU apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório.

São atos complexos cujo aperfeiçoamento se verifica com a manifestação favorável do TCU e o escopo da norma é garantir a isonomia no recrutamento de pessoal e obstar a assunção de obrigações de longo prazo pelos cofres públicos, sem o devido fundamento jurídico. Até à manifestação do TCU, quanto ao ato inicialmente aprovado pela administração, o beneficiário do ato gozará seus benefícios sob condição resolutiva. Com efeito, a apreciação do TCU para fins de registro não se sujeita a prazo decadencial e nem ao contraditório.

Todavia, após o registro a situação é diversa:

- caso a administração queira modificar a situação do beneficiário observa-se a Súmula nº 6 do STF:

A revogação ou anulação, pelo poder executivo, de aposentadoria, ou qualquer outro ato aprovado pelo tribunal de contas, não produz efeitos antes de aprovada por aquele tribunal, ressalvada a competência revisora do judiciário.

- caso o TCU queira modificar a situação do beneficiário incide a súmula vinculante nº 3 do STF:

Nos processos perante o tribunal de contas da união asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

d) incisos IV e VII (fiscalização)

O inciso IV do art. 71 dispõe competir ao TCU realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II. Além disso, nos termos do § 2º do art. 74, qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Outrossim, o art. 38, IV, da Lei Orgânica do TCU, estabelece o dever de a Corte auditar, por solicitação da comissão a que se refere o art. 166, § 1º, da Constituição Federal, ou comissão técnica de qualquer das Casas do Congresso Nacional, projetos e programas autorizados na Lei orçamentária anual, avaliando os seus resultados quanto à eficácia, eficiência e economicidade.

O poder-dever de fiscalizar é fundamental para que o TCU possa cumprir sua missão. Consoante seu Regimento Interno, cinco são os instrumentos de fiscalização à disposição da Corte, a saber: levantamentos (art. 238), auditorias (art. 239), inspeções (art. 240), acompanhamentos (art. 241) e monitoramentos (art. 243).

O Levantamento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para conhecer a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades da Administração, incluindo fundos e demais instituições que lhe sejam jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais. Também é utilizado para identificar objetos e instrumentos de fiscalização. Com efeito, trata-se de uma modalidade fiscalizatória de aproximação, que, sobretudo, visa conhecer o funcionamento da administração e avaliar a viabilidade de fiscalizações futuras. O Plenário, as Câmaras e os relatores poderão determinar sua realização.

Além de subsidiar a apreciação dos atos sujeitos a registro, a auditoria é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para examinar a legalidade e a legitimidade dos atos sujeitos à sua jurisdição, bem assim avaliar o desempenho da Administração, sistemas,

programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia. Como se percebe trata-se de importante instrumento de avaliação e periodicamente o Plenário da Corte aprovará plano de fiscalização estabelecendo as auditorias a realizar.

A inspeção é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para suprir omissões e lacunas de informações, esclarecer dúvidas ou apurar denúncias ou representações quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade de fatos da administração e de atos administrativos praticados por qualquer responsável sujeito à sua jurisdição. Assim como ocorre com o levantamento, o Plenário, as Câmaras e os relatores poderão determinar sua realização.

O Acompanhamento é utilizado pelo Tribunal para examinar, ao longo de um período predeterminado, a legalidade e a legitimidade dos atos sujeitos a sua jurisdição, bem assim o desempenho da Administração, sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia. A exemplo do que ocorre com as auditorias, periodicamente, o Plenário da Corte aprovará plano de fiscalização estabelecendo os acompanhamentos a realizar.

O Monitoramento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para verificar o cumprimento de suas deliberações e os resultados delas advindos. Sua realização também observará o plano de fiscalização aprovado pelo Plenário.

No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá determinar medidas cautelares tais como (i) o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento; e (ii) decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração.

Em paralelo ao poder-dever de fiscalizar se encontra o de informar, assim é que o inciso VII do mesmo artigo estabelece o dever de o TCU prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre fiscalizações realizadas⁷⁴ e o inciso XI do art. 71 impõe ao Tribunal comunicar às autoridades competentes sobre irregularidades e abusos apurados.⁷⁵

⁷⁴ O TCU deverá emitir, no prazo de trinta dias contados do recebimento da solicitação, pronunciamento conclusivo sobre matéria que seja submetida a sua apreciação pela comissão mista permanente de Senadores e Deputados, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 72 da Constituição Federal.

⁷⁵ Para alguns, esse inciso se refere à irregularidades que não sejam da competência do TCU.

Além disso, nos termos do parágrafo 4º do art. 71, o Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

e) inciso V (empresas supranacionais)

Nos termos do inciso V do art. 71 da Constituição compete ao TCU fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo.

Utilizando a classificação das normas constitucionais proposta por José Afonso da Silva, pode-se afirmar tratar-se de norma constitucional de eficácia limitada de princípio institutivo, uma vez que se o tratado constitutivo da empresa, celebrado entre o Brasil e o(s) outro(s) Estado(s), nada dispuser a respeito, faltarão a necessária especificação para que o controle das contas nacionais seja realizado pelo TCU.

f) inciso VI (recursos transferidos pela União)

O inciso VI do art. 71 dispõe que ao TCU cabe fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres a Estado, ao Distrito Federal ou a Município.

O importante aqui é assinalar que o divisor de águas é a titularidade dos recursos.

Assim, a aplicação dos recursos repassados aos Estados e Municípios nos termos do parágrafo único do art. 161 da Constituição (Fundos de Participação) não serão fiscalizados pelo TCU, uma vez que, embora a União os arrecade, são pertencentes aos demais entes federativos. Sob o mesmo fundamento, tendo em vista o disposto no parágrafo 1º do art. 20 da Constituição, também a aplicação dos *royalties* recebidos pelos Estados e Municípios não se submete ao controle do TCU.

Por outro lado, as transferências voluntárias serão objeto do controle do TCU, que, neste caso, pode, inclusive, julgar as contas do ordenador de despesas de outra esfera da federação. Não por outro motivo, consolidou-se no STJ (Súmula 208) o entendimento no sentido de que "compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal."

g) inciso VIII (aplicação de sanções)

O inciso VIII do art. 71 da Constituição dispõe competir ao TCU “aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário”. Como se percebe da mera leitura do enunciado normativo, trata-se de norma constitucional de eficácia limitada, dependente, portanto, de complementação pelo legislador ordinário. Atualmente, a referida norma encontra seu complemento na Lei Orgânica do TCU (LOTUCU) e no Regimento Interno da Corte.

Nos processos de tomada de contas, prestação de contas e tomada de contas especial, quando as contas forem consideradas irregulares, havendo débito, o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao Erário (art. 57 da LOTUCU). Nos termos do inciso I do art 58 da LOTUCU, não havendo débito, mas comprovada qualquer das ocorrências previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do inciso III, do art. 16 da LOTUCU,⁷⁶ o Tribunal aplicará multa ao responsável.

Outrossim, a decisão que julga as contas irregulares constitui título executivo bastante para cobrança judicial da dívida decorrente do débito ou da multa, se não recolhida no prazo pelo responsável (§ 3º do art. 71 da Constituição)⁷⁷, podendo o Tribunal, por intermédio do Ministério Público, solicitar à Advocacia-Geral da União, ou, conforme o caso, aos dirigentes das entidades que lhe sejam jurisdicionadas, as medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito (art. 61 da LOTUCU).

Afora os casos de contas irregulares, os incisos II e III do art. 58 da LOTUCU autorizam o Tribunal a aplicar multa nos casos de ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário. Os incisos seguintes do mesmo artigo (IV a VII) prevêem a possibilidade de aplicação de multa nos casos em que verificado o descumprimento dos deveres ali estabelecidos.

A gradação da multa prevista no art. 58 da Lei Orgânica é regulamentada pelo Regimento Interno do Tribunal, que anualmente atualiza seu valor máximo.

⁷⁶ Art. 16. As contas serão julgadas:

 III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

- a) omissão no dever de prestar contas;
 - b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;
 - c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico;
 - d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.
-

⁷⁷ A ação de execução será proposta pela Advocacia-Geral da União (art. 81, III do LOTUCU).

Além do débito e da multa, o art. 60 da LOTCU prevê que sempre que o TCU, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida, o responsável ficará inabilitado, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública e o art. 43 dispõe que, comprovada fraude à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, até cinco anos, de licitação junto à Administração Pública Federal.

Para fins da inelegibilidade prevista na Lei Complementar nº 64/90, o TCU enviará ao Ministério Público Eleitoral, em tempo hábil, o nome dos responsáveis cujas contas houverem sido julgadas irregulares nos cinco anos imediatamente anteriores à realização de cada eleição (art. 91 da LOTCU).

h) incisos IX, X e XI e §§ 1º e 2º (sustação de atos e contratos irregulares)

Para assegurar a eficácia do controle externo e para instruir o julgamento de contas previsto no inciso II do art. 71, o Tribunal efetuará a fiscalização de quaisquer atos ou contratos de que resulte receita ou despesa para os entes sujeitos ao controle externo.

Nos termos do art. 42 da LOTCU, nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonegado ao Tribunal em suas inspeções ou auditorias, sob qualquer pretexto. Todavia, mister ressaltar que quando se trata de fiscalização de instituições financeiras federais isto está longe de ser pacífico. É que opondo o sigilo bancário previsto na Lei Complementar nº 105/2001 e o direito fundamental à intimidade financeira dos clientes, tais instituições resistem fortemente em abrir suas operações à fiscalização da Corte. Tal situação levou José Adércio Leite Sampaio a escrever interessante artigo sobre o tema com o sugestivo título: “A Suprema Inviolabilidade: A Intimidade Informática e o Sigilo Bancário”.⁷⁸

O Tribunal comunicará às autoridades competentes dos Poderes da União o resultado das inspeções e auditorias que realizar, para as medidas saneadoras das impropriedades e faltas identificadas.

No caso específico de ato ou contrato em execução, verificando ilegalidade, o Tribunal, na forma estabelecida no seu Regimento Interno (art. 251), assinará prazo de até quinze dias para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados.

⁷⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. A Suprema Inviolabilidade: A Intimidade Informática e o Sigilo Bancário. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 531-555.

Quando se tratar de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido, sustará a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal e aplicará ao responsável a multa prevista no inciso II do art. 58 da LOTCU; no caso de contrato, se não atendido, o Tribunal comunicará o fato ao Congresso Nacional, a quem compete adotar o ato de sustação e solicitar, de imediato, à Administração, as medidas cabíveis. Caso o Congresso Nacional não delibere a respeito, no prazo de noventa dias, ou a Administração, no mesmo prazo, não efetive as medidas propostas pela Corte, o próprio TCU decidirá a respeito da sustação do contrato. Note-se que se o Congresso deliberar por não sustar, o TCU não poderá fazê-lo.

(viii) as capacidades institucionais do TCU

O argumento das capacidades institucionais encontra inspiração no trabalho de Cass Sunstein e Adrian Vermeule (*Interpretation and Institutions*)⁷⁹ e sua aplicação em relação às atividades realizadas pelo TCU e ao seu controle judicial se afigura deveras interessante. Todavia, tendo em vista o relevante papel dessa questão para o presente trabalho, sua abordagem será realizada no Capítulo IV, quando serão apresentados, também, os parâmetros para o controle judicial do julgamento de contas realizado pelo TCU.

(ix) o modelo federativo das Cortes de Contas no Brasil.

O art. 75 da Constituição impõe a adoção do que a doutrina em geral denomina como princípio da simetria. Assim, considerada a forma federativa de estado adotada pelo constituinte, em que ocorre a descentralização política e administrativa em três distintas dimensões, as normas estabelecidas para o TCU, aplicar-se-ão, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.

Havendo examinado os principais aspectos ligados ao TCU e considerando que o tema deste trabalho é o controle judicial do julgamento de contas realizado pelo TCU, convém

⁷⁹ SUNSTEIN, Cass R; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, fev, v. 101, p. 885-951, 2003.

agora seja examinada a ascensão institucional do Poder Judiciário brasileiro após a promulgação da Constituição de 1988.

Capítulo 2

A ascensão do Judiciário brasileiro após a Constituição de 1988

Neste item abordar-se-á a ascensão do Judiciário brasileiro após a promulgação da Constituição de 1988 – notadamente do Supremo Tribunal Federal – e as críticas a ela dirigidas.

Logo após a promulgação da Carta de 1988, um Supremo Tribunal Federal ainda composto por Ministros investidos pelo regime anterior optou por conter-se naquele típico papel do legislador negativo, vislumbrado por Kelsen⁸⁰, adotando, no mister, uma acentuada deferência às decisões dos demais Poderes.

Quando considerada a hipótese da omissão inconstitucional, pode-se mesmo afirmar que o STF adotou uma postura judicialmente passiva. Enquanto, no ativismo, o Judiciário cria normas gerais, cria direitos ou provimentos não expressamente previstos na Constituição, declara a inconstitucionalidade de leis não ostensivamente contrárias ao texto constitucional etc.; no passivismo (*judicial passivism*)⁸¹, o Judiciário, por exemplo, permite o exercício do poder de forma contrária à Constituição, se mantém fiel à jurisprudência incompatível com o texto de nova Constituição e deixa de agir para sanar omissões inconstitucionais, ainda que normativamente autorizado a fazê-lo pela *Lex Mater*.

Exemplo máximo dessa postura passiva, já sob a égide da Constituição de 1988, foi o entendimento esposado pelo STF em relação ao mandado de injunção, atribuindo ao referido *writ* o mesmo papel da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por bem exemplificar a postura daquele tempo, vale a pena transcrever pequeno trecho da posição que se tornou majoritária na Corte:

Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o art. 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da Carta Magna)...⁸² (Grifo nosso)

⁸⁰ Kelsen, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁸¹ STROKES, Paulsen Michael. *The Unprecedented, Extraordinary, Anti-democratic, Activist Power of Judicial Review*. Disponível em: <<http://www.thepublicdiscourse.com/2012/04/5246>>. Acesso em 31/05/2012.

⁸² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. QO no MI 107-3-DF, rel. Min. Moreira Alves. *DJU*, 21 set. 1990, p. 9782.

É verdade que em alguns casos excepcionais o Supremo Tribunal Federal se desvinculou da orientação acima, como nos mandados de injunção envolvendo o parágrafo 3º do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁸³ e o parágrafo 7º do art. 195 da Constituição⁸⁴. Para o primeiro grupo, assinou prazo para o suprimento da lacuna legal e decidiu que, em persistindo a omissão, seria possível o ajuizamento da ação cabível independentemente da publicação da nova lei⁸⁵; para o segundo, assinou prazo para a adoção da medida legislativa cabível e decidiu que, em caso de persistência da omissão, passaria o requerente a gozar da pretendida imunidade tributária imediatamente.

Todavia, sobretudo a partir da década de 2000, a situação mudou. À medida que ocorreu o incremento da judicialização das questões políticas e sociais junto ao STF, a Corte passou cada vez mais a adotar uma postura ativista, conforme acima se definiu.

Segundo Luís Roberto Barroso⁸⁶, dentre as causas da aludida judicialização das questões políticas e sociais, pode-se citar o modelo híbrido do controle de constitucionalidade⁸⁷ - com a ampliação do rol de legitimados e de ações no controle concentrado (ADI, ADO, ADC e ADPF)⁸⁸, o caráter analítico da Magna Carta, as garantias

⁸³ “Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos. [...]”

§ 3º - Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.”

⁸⁴ “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...]”

§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.”

⁸⁵ Depois decidiu que, nesses casos, como o direito material já não era mais questionável, seria possível ajuizar diretamente a ação de liquidação. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI 562 - RS, rel. Min. Carlos Velloso. DJU, 20 jun. 2003, p. 0058.

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

⁸⁷ O controle de constitucionalidade, mantido pela via difusa e pela concentrada, passa a ser relevante ferramenta a serviço da limitação do poder político, deixando para trás a missão verificada no regime anterior de servir aos interesses do regime de exceção. Nesse diapasão, a legitimação para a propositura das ações no controle concentrado deixou de ser exclusividade de um Procurador Geral da República exonerável *ad nutum*.

⁸⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

institucionais conferidas aos juízes⁸⁹ e membros do Ministério Público e um verdadeiro acréscimo de conscientização do povo quanto aos seus direitos materiais e de acesso à Justiça.

Diversos casos podem ser citados para exemplificar a aludida mudança de postura da Corte Suprema. Contudo, os melhores exemplos não se verificam na seara deste trabalho, uma vez o modo e a intensidade do controle judicial dos atos praticados pelo TCU ainda se encontram em desenvolvimento. Daí que com o fito de bem marcar os contornos dessa nova postura do STF serão brevemente analisados os seguintes casos: o do próprio mandado de injunção, o da reserva indígena Raposa Terra do Sol e o da Ação Direta de Inconstitucionalidade contra lei do Estado de São Paulo sobre o uso do amianto.

Atualmente, qual a fênix, se pode afirmar que o mandado de injunção renasceu das próprias cinzas. Isso se deu a partir de uma série de julgamentos que envolveram o direito de greve dos servidores públicos, previsto no inciso VII, do art. 37, da Constituição⁹⁰, que vinha sendo reiteradamente denegado pela falta da norma regulamentadora.

Nos mandados de injunção n^{os} 670, 708 e 712, o Supremo Tribunal Federal não só deferiu o exercício do direito de greve aos impetrantes, utilizando por analogia a lei que regula o direito de greve dos empregados privados (Lei n^o 7.783/89), mas deferiu também tal direito a todos os servidores, independentemente de haverem ou não participado daquelas relações processuais.

Embora não seja crível que o Supremo Tribunal Federal vá sempre decidir do modo acima, cumpre enfatizar que ele saiu de uma situação em que apenas comunicava a mora ao Poder omissor, para não só concretizar o direito constitucional do impetrante⁹¹, mas também para estabelecer uma regra geral com eficácia *erga omnes* até que venha a ser editada a norma regulamentadora.

No caso da reserva indígena Raposa Terra do Sol⁹², em que se discutia a possibilidade de se validar ocupações de áreas no interior da referida reserva, perpetradas por não-índios, o

⁸⁹ Embora uno e indivisível enquanto manifestação do poder soberano, o Poder Judiciário foi organizado federativamente em Justiça Federal e Justiças Estaduais e em razão da matéria em Justiças Especiais e Comum. Garantiu-se ao Judiciário autonomia financeira e administrativa e aos juízes a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, com aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade.

⁹⁰ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;”

⁹¹ A corrente concretista é majoritária na doutrina nacional.

⁹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Pet 3.388, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, Dje-181 de 25/09/2009, EMENT VOL-02375-01 PP-00071.

STF, em sede de processo subjetivo⁹³, não só resolveu inserir na parte dispositiva da decisão dezenove condições a fim de “conferir maior teor de operacionalidade ao Acórdão”, como, também, decidiu que tais condições seriam aplicáveis a todos os demais procedimentos de demarcação. Em outras palavras, normatizou.

Como salienta Robério Nunes dos Anjos Filho⁹⁴, muitas das condições estabelecidas pelo STF⁹⁵, tratam “de temas que deveriam ter tratamento por meio da Lei Complementar referida no art. 231, § 6º, da Constituição, pois dizem respeito direta ou indiretamente ao relevante interesse público da União mencionado naquele dispositivo”⁹⁶.

Já no caso do amianto, o STF, em sede de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade em que se aprecia a constitucionalidade da Lei nº 12.684, do Estado de São Paulo (ADI-MC nº 3937-7-SP), que veda o uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbestos, não só negou referendo à liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio, que suspendia os efeitos da Lei Paulista por violação à competência constitucional da União para estabelecer normas gerais sobre as matérias entregues à competência concorrente da União e dos Estados (art. 24), exarada nos termos de decisões anteriores da própria Corte⁹⁷, como também discutiu a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade, não da Lei Paulista, mas da Lei Federal (Lei nº 9.055/95), mesmo não estando isto contido no pedido da referida ação, sob o argumento de que incumbiria à Corte

⁹³ Não se tratava de ação em que estava em jogo a defesa da ordem jurídica, como ocorre nas ações diretas do controle de constitucionalidade (processos objetivos), mas de ação em que estavam em jogo interesses das partes litigantes (processo subjetivo).

⁹⁴ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *O Supremo Tribunal Federal e os Direitos dos Povos Indígenas*. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 911-954.

⁹⁵ O Tribunal julgou parcialmente procedente o pedido, nos termos do voto do Relator, reajustado segundo as observações constantes do voto do Ministro Menezes Direito, declarando constitucional a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e determinou que fossem observadas dezenove condições, transcrevendo-se aqui apenas as mencionadas acima: “(v) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI”; e “(vii) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação”. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pet. 3.338, rel. Carlos Brito. *DJe-181*, 25 set. 2009, EMENT VOL-02375-01 PP-00071.

⁹⁶ “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé”.

⁹⁷ Cf. STF, *DJ* 1º ago. 2003, ADI nº 2656-9-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa; e STF, *DJ* 1º ago. 2003, ADI nº 2396-9-MS, Rel. Min. Ellen Gracie.

apreciar qualquer inconstitucionalidade que lhe chegasse ao conhecimento, direta ou indiretamente.

Como se pode notar, nos dias atuais, o Poder Judiciário brasileiro está longe daquele Poder neutro vislumbrado por Montesquieu⁹⁸ (*la bouche de la loi*) e por Alexander Hamilton, em “O Federalista” nº 78:

Quem considerar com atenção os diferentes Poderes deve reconhecer que, nos governos em que eles estão bem separados, o poder Judiciário, pela mesma natureza das suas funções, é o menos temível para a Constituição, porque é o que menos meios tem de atacá-la. O Poder Executivo é o dispensador das dignidades e o depositário da força pública; o Legislativo dispõe da bolsa de todos e decide dos direitos e deveres dos cidadãos: mas o Judiciário não dispõe da bolsa nem da espada e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Sem força e sem vontade, apenas lhe compete juízo; e esse só deve a sua eficácia ao socorro do Poder Executivo.⁹⁹

No Brasil, ascendeu, tornou-se um importante ator na cena política nacional, muitas vezes agindo com a clara pretensão de orientar a atuação dos demais Poderes, como se verificou no voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes nas ADI nº 1351-3-DF e 1354-8-DF, em que se julgou inconstitucional a cláusula de barreira estabelecida pela Lei nº 9.096/95:

Estou certo de que se o legislador brasileiro tivesse conformado um modelo semelhante ao adotado no direito alemão, por exemplo, (...) talvez não estaríamos aqui a discutir esse tema. É possível, sim, ao legislador pátrio, o estabelecimento de uma cláusula de barreira ou desempenho que impeça a atribuição de mandatos à agremiação que não obtiver um dado percentual de votos.¹⁰⁰

Conforme observa Alexandre Garrido da Silva¹⁰¹, naquele mesmo julgamento, o Ministro Gilmar Mendes se posicionou sobre fidelidade partidária, tema que sequer estava em julgamento naquele feito.¹⁰²

No entanto, a postura assumida pelo Judiciário brasileiro, principalmente pelo STF, não está imune a críticas ou ressalvas.

⁹⁸ MONTESQUIEU, Charles Louis de. *O Espírito das leis*. 4. ed. São Paulo: Martins Editora, 2003.

⁹⁹ O Federalista n. 78. In: HAMILTON Alexander; JAY, John; MADISON, James;. *The Federalist Papers*. Seleccionados e editados do original por Roy Fairfield. [S.l., s.n.], 1981.

¹⁰⁰ Cf. voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes em STF, DJ 30 mar. 2007, ADI nº 1351/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 16. In: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 21/02/2013

¹⁰¹ SILVA. Alexandre Garrido da. *Minimalismo, Democracia e Expertise: O Supremo Tribunal Federal Diante de Questões Políticas e Científicas Complexas*. Revista de Direito do Estado. a.3, n 12, p. 107-142, out/dez 2008.

¹⁰² “Em outros termos, estamos desafiados a repensar o atual modelo a partir da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Devemos refletir, inclusive, sobre a consequência da mudança de legenda por aqueles que obtiveram o mandato no sistema proporcional, o que constitui, sem sombra de dúvidas, uma clara violação à vontade do eleitor e um falseamento grotesco do modelo de representação popular pela via da democracia de partidos! (...) Assim, ressalvadas situações específicas decorrentes de ruptura de compromissos programáticos por parte da agremiação ou outra situação de igual significado, o abandono da legenda, a meu ver, deve dar ensejo à perda do mandato”. Cf. voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes em STF, DJ 30 mar. 2007, ADI nº 1351/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 52-53. In: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 21/02/2013.

A recente decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 54 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental)¹⁰³, que declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, reacendeu o debate acerca dos limites da legitimidade democrática do Poder Judiciário – composto por membros não eleitos pelo povo – para anular decisões dos demais Poderes e decidir acerca de determinadas matérias.¹⁰⁴

A esse propósito, pede-se licença para transcrever longo trecho de interessante matéria jornalística de Eduardo Bresciani, veiculada em “O Estado de São Paulo”, intitulada “Deputados querem poder para mudar decisões do STF”, publicada em 26/04/2012:

Bancadas evangélica e católica ajudam a aprovar texto na CCJ, a fim de combater 'ativismo judiciário' em questões como aborto. A Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara aprovou ontem proposta de emenda constitucional que permite ao Congresso sustar decisões do Judiciário. Hoje, o Legislativo só pode mudar atos do Executivo. A proposição seguirá para uma comissão especial. A polêmica proposta foi aprovada por unanimidade após uma articulação de deputados evangélicos e católicos. Para eles, a medida é uma resposta à decisão do Supremo Tribunal Federal, que legalizou o aborto de fetos anencéfalos. Se a regra já estivesse em vigor, os parlamentares poderiam tentar reverter a permissão de interromper a gravidez nesses casos. O texto considera de competência do Congresso sustar "atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa". Além de resoluções de tribunais e atos de conselhos, há deputados que acham ser possível sustar decisões do Supremo com repercussão geral e até súmulas vinculantes. Autor da proposta, o deputado Nazareno Fonteles (PT-PI), argumenta que o Legislativo precisa ser o poder mais forte da República, por seu caráter representativo, e que decisões do Judiciário nos últimos anos têm ido além do que diz a Constituição.

‘O Poder Judiciário - que não foi eleito, é nomeado - não tem legitimidade para legislar. É isso que desejamos restabelecer para fortalecer o Legislativo’, alega Fonteles. ‘Aliás, fomos nós que fizemos a Constituição.’ O relator da proposta na CCJ, Nelson Marchezan Júnior (PSDB-RS), destaca que a possibilidade em discussão não abrange julgamentos específicos dos tribunais, mas casos em que o Judiciário ultrapasse sua função ao determinar novas regras. O coordenador da bancada evangélica, João Campos (PSDB-GO), diz que o objetivo é enfrentar o ‘ativismo judiciário’. ‘Precisamos pôr um fim nesse governo de juízes. Isso já aconteceu na questão das algemas, da união estável de homossexuais, da fidelidade partidária, da definição dos números de vereadores e agora no aborto de anencéfalos.’

Montesquieu.

O líder do PSOL, Chico Alencar (RJ), entende que a proposta viola a harmonia entre os Poderes. ‘Montesquieu deve estar se agitando na tumba’, brincou, em referência ao teórico da separação dos poderes. Alencar avalia que a proposta pode prosperar, por causa do desejo da Casa de reagir a algumas posições do Judiciário. ‘Essa

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias e Interrupção da Gestação de Fetos Anencefálicos: Vida, Dignidade e Direito de Escolha. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 255-287.

¹⁰⁴ Da obra de Alexander Bickel foi cunhada a expressão “dificuldade contramajoritária” (counter-majoritarian difficulty) para aludir ao problema da legitimidade democrática do Poder Judiciário. In: BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch, the Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press, 1962.

proposta é tão irracional e ilógica quanto popular e desejada aqui dentro. Vai virar discurso de valorização do Legislativo.’

Como se percebe, a reação político-partidária pode ter efeitos imprevisíveis, como a cogitação de um instituto de revisão das decisões do STF, cujo único precedente semelhante na história das Constituições brasileiras se encontra na carta outorgada em 1937, no auge do autoritarismo do Presidente Getúlio Vargas.

Para Peter Häberle, é natural a alternância de momentos de ativismo com momentos de autocontenção nas cortes constitucionais dos regimes democráticos¹⁰⁵. Em momentos de transição ou de consolidação constitucional, as cortes tendem a adotar uma postura mais ativa, como ocorreu com o Tribunal Constitucional húngaro após a queda do muro de Berlim; em momentos de normalidade institucional, o adequado é que a democracia flua pelas vias majoritárias. Como já salientou Luis Roberto Barroso, o ativismo é antibiótico poderoso que pode matar da cura.¹⁰⁶

Vistas as causas da chamada judicialização das questões políticas e sociais e como o Poder Judiciário – notadamente o STF – vem adotando uma postura cada vez mais ativista nos últimos tempos, cumpre direcionar a questão para o objeto deste trabalho.

É que para a questão aqui tratada – controle judicial do julgamento de contas realizado pelo TCU – a postura a ser adotada pelo Poder Judiciário é extremamente relevante, haja vista o papel exercido pelo TCU no sistema de freios e contrapesos e na promoção dos direitos fundamentais e da própria democracia. Uma calibragem excessiva na intensidade do aludido controle pode ser tão prejudicial quanto uma passivista.

Tendo em conta que o aludido controle não se verifica exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal, sendo possível o controle por juízes federais dos mais distantes rincões deste País, no Capítulo IV serão propostos parâmetros em ordem a balizar a postura a ser assumida pelo Poder Judiciário ao exercer o controle do julgamento de contas realizado pelo TCU.

¹⁰⁵ HÄBERLE, Peter. Entrevista ao site Consultor Jurídico. In: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-13/entrevista-peter-haberle-constitucionalistaalemao>>. Acesso em 01/06/2012.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 01/06/2012.

Capítulo 3

O controle das despesas públicas no julgamento de contas pelo TCU

O escopo deste Capítulo é demonstrar que para além do controle formal, ligado à legalidade, o TCU também realiza o controle de aspectos materiais dos atos geradores de despesa, tais como sua eficiência, moralidade e legitimidade.

Diversas são as normas jurídicas dirigidas à Administração Pública direta e indireta dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, desde as contidas no art. 1º da Constituição (princípios fundamentais do Estado brasileiro), passando pelos direitos fundamentais e pelos princípios setoriais do art. 37 da Constituição, a uma miríade de normas infraconstitucionais. Contudo, a fim de não perder o foco acima exposto, no presente Capítulo serão examinadas apenas a legalidade e a eficiência. A primeira, pela vinculação direta que possui com a idéia de controle formal; a segunda, pela gama variada de vetores para o controle material em si enfeixados.

Serão apresentados, ainda, alguns exemplos de como o TCU vem realizando tais controles.

3.1. Controle formal das despesas

Não existe uma única classificação para as normas constitucionais e nem uma classificação mais correta. A classificação das normas constitucionais varia conforme o ângulo a partir do qual elas são analisadas. José Afonso da Silva¹⁰⁷ tem como foco sua aplicabilidade, Luís Roberto Barroso¹⁰⁸ a matéria versada, Humberto Ávila¹⁰⁹ a natureza normativa e nenhuma delas, por exemplo, consegue dar conta da dimensão objetiva das normas constitucionais que veiculam direitos fundamentais.

Não obstante isso, útil se afigura aqui a classificação realizada por Humberto Ávila em sua consagrada Teoria dos Princípios. Antes, porém, oportuno repisar a advertência de Ávila acerca da utilização de classificações.

Segundo o Autor, qualquer classificação que se pretenda levar a cabo deve ter a preocupação de enfatizar aqueles aspectos que permitam a imediata identificação de que algo está ou não contido no conjunto classificado. Neste sentido, afirma que os elementos

¹⁰⁷ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.

¹⁰⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

normalmente utilizados pela doutrina, nacional e estrangeira, para identificar as espécies normativas (princípios e regras) não seriam adequados para tanto, uma vez que sua aferição não é possível no plano *prima facie* de significação, tratando-se de características meramente contingenciais, isto é, que podem ou não estar presente no caso concreto. Seja pela possibilidade de um mesmo dispositivo originar normas de espécies diferentes, seja pela possibilidade de existir peculiaridades no caso concreto, o fato é que apenas no plano de significação *all things considered* se podem revelar as características normalmente utilizadas pela doutrina para diferenciar os princípios das regras (caráter hipotético-condicional, modo de solução de antinomias e modo de aplicação).

Tendo como norte a preocupação de apresentar uma classificação que maneje características que permitam a imediata identificação de uma norma como princípio ou como regra, Ávila afirma que o que caracteriza as regras e as distingue dos princípios é que elas se referem a um específico comportamento, positivo ou negativo, um meio específico para atingir determinados fins. Elas atribuem competências e veiculam soluções para conflitos que o legislador entendeu por bem solucionar de antemão, seja pela sua importância, seja pela sua recorrência. Sua função imediata seria a tutela da segurança jurídica, embora, indiretamente, as regras estejam também ligadas a algum outro valor ou fim constitucional. São exemplos de regras constitucionais as que atribuem competência ao Chefe do Executivo para a prática de determinados atos e as que estabelecem idade mínima como condição de elegibilidade

De outro turno, afirma que os princípios apontam para um estado ideal de coisas sem descrever um comportamento específico que o realiza. Para tanto, deverá o intérprete buscar desvendar tais comportamentos a partir das outras normas do ordenamento e de casos em que tais normas tenham sido aplicadas, sem desconsiderar as circunstâncias do caso concreto. São exemplos de normas constitucionais com natureza de princípio as que veiculam a liberdade e a publicidade.

A preocupação com a clareza da classificação levou Ávila a propor – como se verá adiante – a figura dos postulados normativos aplicativos em ordem a classificar um conjunto de normas que não se subsumem perfeitamente em nenhuma das espécies acima citadas.

Na esteira da lição de Friedrich Müller¹¹⁰, Ávila afirma que texto e norma não se confundem. O enunciado normativo quer ser uma norma, mas apenas o será após sua interpretação pelos tribunais e pelos juristas. É a apreensão do seu significado que opera a transformação de um mero enunciado em uma norma jurídica. Disto, todavia, não

¹¹⁰ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

resulta a existência de uma relação necessária de um enunciado para cada norma jurídica ou postulado. De um único enunciado é possível se extrair, pela interpretação, mais de uma norma ou postulado, como exemplifica Ávila (2012, p.47) com a limitação ao poder de tributar contida no enunciado do inciso I do art. 150 da Constituição (exigência de lei para exigir ou aumentar tributo), do qual extrai uma regra (a cobrança de tributo sem lei que o estabeleça acarreta a ilicitude da cobrança), um princípio (estabelece como devida a realização de valores como liberdade e segurança) e um postulado (na interpretação e na aplicação estão excluídos parâmetros alheios ao direito). Note-se que de um mesmo enunciado se extraiu espécies diversas de normas (uma regra e um princípio) e um postulado normativo aplicativo. Ávila (2012, p. 47) destaca, também, a possibilidade do inverso, isto é, a extração de uma norma a partir de diversos enunciados. É o que ocorre, por exemplo, quando se realiza a conjugação dos incisos I e III do referido art. 150 da Constituição, que, além, das regras que impedem a cobrança de tributo sem lei, com retroatividade ou no mesmo exercício em que instituído ou aumentado, permite também sejam extraídos os princípios da segurança e da liberdade (como valores que garantem às pessoas físicas ou jurídicas a persecução dos seus planos de vida ou de negócios).

Feitas essas considerações iniciais, que em muito serão úteis ao longo de todo este Capítulo, antes de adentrar ao exame da legalidade tal qual expressa no *caput* do art. 70 da Constituição, faz-se necessária uma breve digressão histórica a fim de melhor posicionar o tema.

A preocupação com a limitação do poder político estava na base do modelo de Estado originado das revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII. Foi justamente a insegurança, resultante do arbítrio dos governos absolutos, o viés de tais revoluções. A rígida separação de poderes, as declarações de direitos e a representação política formaram os pilares do novo modelo.

Após a Revolução Francesa, a grande influência da noção de vontade geral (*volonté générale*) de Rousseau¹¹¹ fez nascer uma exagerada fé em uma razão libertadora da qual seria o legislador portador. Passou a lei então a ocupar o centro do mundo jurídico (legicentrismo).

Essa fé exagerada no legislador foi fator fundamental para o delineamento do perfil do constitucionalismo francês – que serviu de modelo para a Europa continental, no qual, ao contrário do modelo norte-americano, a Constituição não foi tomada como norma jurídica e

¹¹¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. 1. ed. São Paulo: Penguin Companhia, 2011.

sim como uma mera exortação à atuação do legislador. Não era uma norma jurídica superior, era um documento de natureza política.

Foi a catástrofe operada pela ascensão do nazismo na Alemanha que deixou claro como as maiorias parlamentares também podem se acumpliciar¹¹² com projetos atentatórios à liberdade e à dignidade dos homens. Com efeito, passada a guerra, fez-se necessário engendrar um meio de estabelecer limites às maiorias no parlamento.

A solução encontrada foi a adoção de um constitucionalismo à moda norte-americana, mas não com uma Constituição sintética à semelhança daquela. O constitucionalismo continental europeu do pós-guerra concebeu uma Constituição escrita e dotada de normas com alta carga axiológica, que, combinada com mecanismos de autodefesa e guarda, lhe conferiram o *status* de norma jurídica de cúpula. Como se pode perceber, esse constitucionalismo abraçou o normativismo da teoria constitucional de Hans Kelsen¹¹³. Outrossim, não era a Constituição do pós-guerra apenas uma norma sobre o estabelecimento de normas (*norma normarum*); era, igualmente, parâmetro de controle material das normas inferiores. Note-se, por relevante, que no constitucionalismo do pós-guerra os princípios assumiram o papel de porta de entrada da ética no direito. Dotados de normatividade, os princípios se tornaram espécie do gênero norma jurídica ao lado das regras.

Foi nessa nova realidade que a lei perdeu a posição de centro do mundo jurídico, sobrepondo-se à noção de legalidade a noção de juridicidade, isto é, nessa nova realidade passou-se a admitir que, em certas ocasiões, a exigência de estrita observância da lei fosse atenuada em deferência a outros valores caros ao ordenamento jurídico, também de estatura constitucional.

Destarte, conjugando-se as idéias de Ávila com a conformação do constitucionalismo após a 2ª Grande Guerra já se pode concluir que nos termos do *caput* do art. 70 da Constituição brasileira a legalidade deve ser concebida como um princípio, isto é, como o estado ideal de coisas consistente no dever de observância da lei por parte do Estado. Contudo, como princípio que é, a legalidade convive no ordenamento com outras normas de igual natureza, podendo ser superada em certas situações através da aplicação dos postulados de razoabilidade e proporcionalidade, por exemplo.

¹¹² SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*.

Disponível em:

<<http://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/08/daniel-sarmento-o-neoconstitucionalismo-no-brasil1.doc>>. Acesso em 16/03/2012.

¹¹³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 6ª Ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

Trata-se de norma diretamente dirigida à Administração Pública que, no exercício de seu mister, deverá, como conduta padrão, observar a lei; e indiretamente dirigida ao órgão de controle externo que, responsável pela fiscalização das despesas públicas, deverá verificar sua observância pela Administração Pública.

O entendimento aqui perfilhado – legalidade como princípio – parece ser exatamente o adotado pela Corte de Contas brasileira, que, de ordinário, responsabiliza o agente responsável por uma despesa ilegal ou anula o procedimento administrativo em que verificada a ilegalidade.

Veja-se exemplos de ambos. Primeiro na hipótese de ilegalidade de despesa:

Ao contrário do que pensa o ex-Diretor-Geral, elementos como dano ao erário, má-fé e favorecimento são agravantes, e não pressupostos indispensáveis à caracterização da irregularidade das contas. Para que as contas sejam julgadas irregulares, basta, por exemplo, a prática de ato de gestão ilegal, tal qual os vários incorridos pelo responsável e que lhe acarretaram, acertadamente, a condenação proferida pelo Tribunal, com fundamento nos arts. 16, inciso III, alínea "b", e 58, inciso I, da Lei nº 8.443/92.¹¹⁴

Agora na hipótese de ilegalidade no procedimento licitatório:

A inadequação das exigências editalícias, que atentam contra o princípio da isonomia, da legalidade, da competitividade e da razoabilidade, insculpidos no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, e no art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei de Licitações e Contratos, conduz à anulação do processo licitatório.¹¹⁵

O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode até mesmo apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público¹¹⁶ à feição do controle de constitucionalidade difuso exercido pelos tribunais e juízes de direito:

O TCU detém competência para apreciar a constitucionalidade ou legalidade de pareceres emitidos pela AGU, desde que tratem, ainda que por via transversa, de tema com reflexo na esfera contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e dos demais entes jurisdicionados a esta corte de contas, podendo inclusive expedir determinações a órgãos e entidades da Administração Pública Federal com vistas ao exato cumprimento do ordenamento jurídico pátrio, ainda que tais determinações exijam do órgão ou entidade destinatária o descumprimento do parecer da AGU.¹¹⁷

¹¹⁴ TCU. AC-1345-07/10-1, Sessão: 16/03/10, Grupo: I, Classe: I, Relator: Ministro JOSÉ MÚCIO MONTEIRO - Tomada e Prestação de Contas - Iniciativa Própria.

¹¹⁵ TCU. AC-1097-23/07-P, Sessão: 06/06/07, Grupo: I, Classe: VII, Relator: Ministro VALMIR CAMPELO – Fiscalização.

¹¹⁶ Súmula 347 do STF.

¹¹⁷ TCU. AC-0111-03/10-P, Sessão: 03/02/10, Grupo: II, Classe: I, Relator: Ministro AROLDO CEDRAZ – Fiscalização.

Todavia, vezes há em que, não obstante presente a ilegalidade, o TCU tem preservado os efeitos de determinados atos por entender que tal solução é a que melhor atende à normatividade da Constituição:

É dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé, por servidores ativos e inativos, e pensionistas, em virtude de erro escusável de interpretação de lei por parte do órgão/entidade, ou por parte de autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão, à vista da presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais.¹¹⁸

Em outro caso:

Tanto as alterações contratuais quantitativas quanto as qualitativas estão sujeitas aos limites estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, admitindo-se a celebração de aditivos de valores superiores a 25% ou 50%, conforme o caso, do valor inicial atualizado do contrato nas hipóteses previstas na Decisão nº 215/99-Plenário.¹¹⁹

Oportuno não olvidar que o manejo da legalidade como princípio, além dos postulados normativos aplicativos de razoabilidade e proporcionalidade, também traz à tona os postulados hermenêuticos da unidade do ordenamento jurídico e da hierarquia, nos exatos termos apresentados por Humberto Ávila no opúsculo antes citado. Em outras palavras, há que se ter sempre em conta na interpretação jurídica a idéia de um sistema de normas de origem comum, escalonadas de modo que a superior seja o fundamento de validade da inferior.

No que toca à legalidade prevista no *caput* do art. 70 da Constituição, respeitada sua natureza principiológica e os desdobramentos disto decorrentes acima expostos, é correto afirmar que, no exercício do controle externo dos atos geradores de despesas públicas, o Tribunal de Contas deverá ter em foco os elementos vinculados desses atos administrativos.

De um modo geral, a doutrina reconhece a existência de pelo menos cinco elementos caracterizadores dos atos administrativos: a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto.

¹¹⁸ Súmula 249 do TCU. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Enunciado nº 249 da Súmula da Jurisprudência do TCU.

Disponível em:

<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/sumulas/BTCU_ESPECIAL_06_DE_04_12_2007_SUMULAS.pdf>. Acesso em 20/02/2013.

¹¹⁹ TCU. AC-0517-07/12-P, Sessão: 07/03/12, Grupo: I, Classe: V, Relator: Ministro ANA ARRAES - Fiscalização - Auditoria de Conformidade.

Ao apreciar o elemento competência, o TCU deverá verificar se o agente possuía autorização normativa para a prática do ato e se atuou dentro dos limites da regra autorizativa. Assim, tanto será ilegal o ato praticado por quem não possuía autorização para concretizá-lo, quanto aquele em que, apesar de estar autorizado para aprovar a realização de despesas, o agente excedeu o limite de valor estabelecido para sua alçada (excesso de poder).

Quanto à finalidade, o TCU deverá ter em conta que, além do interesse público necessariamente presente em toda atuação estatal, as normas possuem fins específicos que devem ser perseguidos pelos agentes públicos. Assim, se ao praticar um determinado ato gerador de despesa, muito embora dentro das possibilidades semânticas do enunciado normativo de regência, o agente visou interesse diverso do previsto na norma, inegavelmente, incorrerá no chamado desvio de finalidade. Exemplificando: se ao autorizar uma despesa com vistas à aquisição de material de escritório, no valor de R\$ 5.000,00, mediante dispensa de licitação em função do pequeno valor, o agente não se preocupou em aferir a real necessidade da repartição, mas apenas em gerar um negócio para um amigo, este ato estará inquinado pelo vício antes mencionado e, por conseguinte, sem prejuízo da responsabilização em outras esferas, o agente deverá ser responsabilizado pelo TCU.

A inobservância de alguma formalidade prevista em lei também deverá ser objeto da fiscalização exercida pelo TCU sobre os atos geradores de despesa. Logo, haverá também ilegalidade se não se publicou determinado edital que deveria ter sido publicado em uma licitação ou se não se colheu a manifestação de determinado órgão que, nos termos da norma aplicável ao caso concreto, deveria ter sido ouvido antes da prática do ato.

O motivo do ato administrativo abarca a noção de pressupostos jurídicos ou fáticos para a prática do ato. Nos atos vinculados, o motivo vem estabelecido na própria lei; nos discricionários, o legislador deixa sua eleição para o administrador com vistas a permitir que ele possa, no caso concreto, melhor realizar o interesse público tutelado pela norma. Nos atos vinculados, deverá o TCU verificar se, na ocasião em que os atos foram praticados, estavam presentes os pressupostos escolhidos pela lei como motivo para sua realização. Assim, *e.g.*, o pagamento dos vencimentos mensais dos servidores públicos tem como motivo a prestação do serviço por aqueles; não havendo tal prestação não pode haver o pagamento.

Outrossim, quanto aos atos discricionários é relevante mencionar a denominada teoria dos motivos determinantes, segundo a qual, mesmo estando livre para escolher o motivo, o administrador estará vinculado a sua real existência. Assim, se ao realizar a contratação de uma pessoa para cargo em comissão o administrador apresentou, na motivação do ato, fatos

que depois se revelaram completamente inverídicos, mesmo se tratando de ato discricionário haverá ilegalidade passível de responsabilização do administrador por parte do TCU.

Por fim, o TCU deverá também fiscalizar se o administrador observou o objeto previsto em lei, isto é, se o administrador adotou a medida eleita pelo legislador como adequada para a persecução do fim previsto na lei.

Após o exame dos aspectos mais relevantes do controle formal de legalidade, a seguir examina-se o controle material das despesas públicas pelo TCU.

3.2. Controle material das despesas

A Constituição de 1988 tomou clara posição no sentido de consolidar uma tendência, há muito iniciada, no sentido de romper com toda uma tradição doutrinária e jurisprudencial do direito administrativo brasileiro que concebia o mérito do ato administrativo como algo insuscetível de controle externo.

Como ressalta Ada Pellegrini Grinover, foi a Lei da Ação Popular que abriu caminho para o Judiciário:¹²⁰

No Brasil, durante muito tempo os tribunais auto-limitaram-se, entendendo não poder adentrar o mérito do ato administrativo. Diversas manifestações do Poder Judiciário, anteriores à Constituição de 1988, assumiram essa posição.

No entanto, a Lei da Ação Popular abriu ao Judiciário a apreciação do mérito do ato administrativo, ao menos nos casos dos arts. 4º, II, b e V, b, da Lei n. 4717/65, elevando a lesão à condição de causa de nulidade do ato, sem necessidade do requisito da ilegalidade. E José Afonso da Silva preconizava que sempre se possibilitasse a anulabilidade do ato por simples lesividade.

Com a Constituição de 1988, tal entendimento se fortaleceu com a redação conferida ao art. 5º, inciso LXXIII:

Art. 5º.

LXXIII - Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

¹²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Judiciário Pode Intervir no Controle do Executivo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-08/judiciario-intervir-executivo-controlar-politicas-publicas?pagina=14>>. Acesso em 20/02/2013.

Como ressalta a Professora, “o controle, por via da ação popular, da **moralidade administrativa** não pode ser feito sem o exame do mérito do ato guerreado. Trata-se, aqui, de mera lesividade, sem o requisito da ilegalidade”. (Grifo da Autora)

Ao dispor sobre o controle material dos atos administrativos no *caput* do art. 70 da Constituição, o constituinte autorizou, também a Corte de Contas, a examinar o mérito do ato administrativo em ordem a verificar a observância ou não de determinadas normas constitucionais. Em outras palavras, significa dizer que já não é bastante o mero cumprimento da lei por parte da Administração Pública. O constituinte fixou-lhe, igualmente, o dever de agir, *e.g.*, de forma eficiente, moral e legítima.

Não raro tem ocorrido a sustação da execução de atos administrativos por parte do TCU ou a responsabilização de agentes públicos sob o fundamento de inobservância de postulados como o de razoabilidade e o de proporcionalidade. Entendidos corretamente, o primeiro deve ser utilizado na verificação da compatibilidade entre o motivo e o objeto do ato – seja em termos lógicos, seja em termos de proporcionalidade entre o motivo e a sanção aplicada; o segundo, no caso de antinomia entre normas do tipo princípio para aferir a proporcionalidade da restrição causada pelo ato ao princípio conflitante.

A título de exemplo, este item objetiva abordar um dos aspectos materiais mais controlados na atualidade pelo TCU qual seja o constitucionalmente denominado *princípio* da eficiência, previsto no *caput* do art. 37 da Constituição como um dos vetores materiais da atuação da Administração Pública no Brasil.¹²¹

A escolha do *princípio* da eficiência se deve a dois motivos. O primeiro – como dito na abertura deste Capítulo – é a variada gama de vetores para o controle material enfeixados na idéia de eficiência; o segundo é aproveitar o ensejo para tentar contribuir para a normatividade de um tão valioso instrumento a serviço do republicanismo e da democracia.

Segundo Onofre Alves Batista Júnior¹²², a eficiência trata “da relação mais adequada que se espera entre os bens e serviços produzidos (*outputs*) e os fatores produtivos utilizados para obtê-los (*inputs*)” e a doutrina brasileira, de um modo geral, tem como prática associar à

¹²¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

¹²² BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

eficiência uma série de elementos dirigidos ao controle material dos atos geradores de despesa.

Inspirado na doutrina alemã, Batista Júnior leciona:

Assim, nessa necessária articulação finalisticamente orientada dos meios, algumas considerações assumem relevante papel e, portanto, podem ser identificadas como facetas da eficiência *stricto sensu*. Dentre outras considerações, os resultados devem ser maximizados no que diz respeito à produtividade dos meios escassos empregados; as necessidades sociais devem ser atendidas da forma mais célere e rápida possível, com padrões otimizados de qualidade. Dessa forma, a produtividade, economicidade, celeridade e presteza, qualidade, continuidade e desburocratização são verdadeiras facetas da eficiência *stricto sensu*.¹²³

Para o referido Autor, a *produtividade* trata da otimização da relação entre alcance dos fins e emprego dos meios, impondo a “minimização do emprego de recursos escassos para determinados fins preestabelecidos” (recursos em geral), ou, ainda, impondo a busca “pela maximização dos resultados, cuja meta está tendencialmente fixada, através da utilização de determinados meios dados”; a *economicidade*, por sua vez, diz respeito ao aspecto estritamente econômico da eficiência e quer significar que não é bastante a procura pelo maior benefício (produtividade), há que existir uma adequada relação “custo x benefício” entre a despesa e o benefício esperado; a *celeridade e a presteza* importam em acrescentar o tempo como uma terceira variável à relação “custo x benefício” que assim se descreveria “tempo x custo x benefício”, para significar que a Administração Pública, diante de um fim previamente definido, deve buscar sua satisfação com a maior redução de meios e no menor prazo, ou, de outra visada, diante dos recursos disponíveis deve buscar a satisfação do interesse público através da opção geradora de maior benefício no menor intervalo de tempo; a *qualidade* exige que a atenção da Administração Pública também esteja voltada para a qualidade dos serviços e dos produtos suportados com recursos públicos; a *continuidade* impõe a obrigação de a Administração Pública atentar para que sua escolha não esteja exclusivamente voltada para um bom resultado econômico inicial, como se verificaria se a administração escolhesse uma proposta de menor preço, porém inexecutável, em uma licitação para a contratação de serviços contínuos; e a *desburocratização* está a exigir que a Administração Pública em seus procedimentos e em sua organização evite o retrabalho, delegue competência, adote a forma jurídica adequada ao serviço público ou atividade econômica a ser exercida, se aproxime dos administrados em ordem a ampliar as possibilidades de controle social e a legitimidade dos seus etc.

¹²³ BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *Ob. Cit.* supra. p. 182.

Embora a visão esposada neste trabalho não discorde da existência de uma espécie de relação continente-conteúdo entre eficiência e diversos aspectos materiais que funcionam como vetores para o controle dos atos geradores de despesa, é preciso ter em conta que a natureza aberta do enunciado que a veicula está a exigir uma consistente argumentação no que diz respeito ao que deve ou não nela estar contido. Não basta afirmar que determinados elementos estão contidos na noção de eficiência – como se isto fosse óbvio – e a partir daí descrevê-los e analisá-los. Não são dados, são construídos. E construídos pela via argumentativa.

Para compreender como podem ser identificados os elementos que devem estar ou não associados à noção de eficiência, bem assim porque uma tal associação somente se faz possível em relação a uma de suas facetas – a principiológica, mister se faz analisar a natureza normativa do enunciado do *caput* do art. 37 da Constituição (relativamente à eficiência).

De notar que o desvendamento da natureza normativa do aludido enunciado não precisa ser iniciado da estaca zero, antes, pode, em muito, se beneficiar do aporte teórico realizado por Humberto Ávila no opúsculo antes citado.

Inicialmente, convém ter em conta a distinção existente entre enunciado normativo e norma: o primeiro, como objeto da interpretação; a segunda, como resultado dela. O enunciado quer ser uma norma, esta é sua vocação, mas somente o será após sua interpretação pela Ciência do Direito ou pelo Judiciário. Para Humberto Ávila (2012, p. 36), o intérprete “não só constrói, mas reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso lingüístico e construídos na comunidade do discurso”.¹²⁴

Conforme visto acima, após sua bem-sucedida crítica aos critérios usualmente utilizados pela doutrina para levar a cabo a distinção entre princípios e regras (caráter hipotético-condicional, modo final de aplicação e modo de solução de antinomias), Ávila propôs a classificação das normas jurídicas em normas de primeiro grau (princípios e regras) e normas de segundo grau ou metanormas (postulados normativos aplicativos), salientando, ainda, que através da interpretação é possível, a partir de um mesmo enunciado normativo, extrair-se mais de uma norma jurídica como sói ocorrer com o art. 150, I da Constituição antes visto.

É a partir das definições propostas por Ávila para as espécies normativas que se procurará desvendar a natureza normativa do constitucionalmente denominado *princípio* da eficiência.

¹²⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Ob. Cit. supra*.

Ao combater a utilização do caráter hipotético-condicional como critério para promover a diferenciação entre princípios e regras, Ávila (2012, p. 44) demonstra que qualquer dispositivo pode ser lido de uma ou outra forma, dependendo da argumentação empreendida pelo intérprete. Para comprovar sua afirmação, demonstra que o chamado princípio democrático pode também ser interpretado como regra (“*se o poder estatal for exercido, então deve ser garantida a participação democrática*”). Portanto, a natureza normativa de um determinado enunciado não pode ser definida a partir do modo pelo qual ele é formulado “como se a forma de exteriorização do dispositivo (objeto da interpretação) predeterminasse totalmente o modo como a norma (resultado da interpretação) vai regular a conduta humana ou como deverá ser aplicada”.¹²⁵

Destarte, o *caput* do art. 37 da Constituição, relativamente à eficiência, também pode ser lido como uma regra (*se a Administração Pública adquirir um bem por valor superior ao de mercado, sem justificativa jurídica, então o ato estatal será considerado inválido*). Todavia, definitivamente, não é essa a dimensão que mais interessa no respeitante à natureza normativa da eficiência e sim aquelas que ajudam a esclarecer: (i) o processo de seleção dos elementos materiais contidos na noção de eficiência¹²⁶; (ii) como esses elementos se relacionam quando apresentarem alternativas distintas ao administrador; e (iii) como a própria eficiência se relaciona com outras normas. Para tanto, examinar-se-á a eficiência a partir das noções fornecidas por Ávila para os princípios e para os postulados normativos aplicativos.

Segundo o citado Autor, os princípios apontam para um estado ideal de coisas sem descrever um comportamento específico que o realiza – em verdade vários são os comportamentos que podem realizá-lo, uns mais outros menos, dependendo do caso concreto. Assim, a compreensão de quais comportamentos contribuem ou não para o alcance do estado de coisas idealizado pela norma tem como pressuposto o conhecimento da sua finalidade.

A interpretação da finalidade de um princípio da eficiência, nos termos definidos por Ávila, demanda um certo cuidado, uma vez que não pode ficar adstrita ao contexto neoliberal em que foi editada a Emenda Constitucional nº 19/1998.

Como é de conhecimento geral, a Constituição de 1988 apresenta sim um caráter compromissório entre diversas filosofias políticas, como se pode perceber da mera leitura do elenco dos princípios da ordem econômica (art. 170 da Constituição). Todavia, como bem ressaltado pela doutrina nacional, o constituinte pátrio conferiu centralidade aos chamados

¹²⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Ob. Cit. supra*.

¹²⁶ No exemplo hipotético-condicional acima já se concebeu o aspecto economicidade como manifestação da eficiência. Mas por que?

direitos fundamentais – que possuem em seu núcleo essencial diversas facetas da dignidade humana (*e.g.*, autonomia, mínimo existencial e integridade físico-psíquica), centralidade esta que pode ser comprovada pela extensão do catálogo de direitos fundamentais, pela sua posição na parte inicial do texto constitucional, pela determinação para sua aplicação imediata, contida no art. 5º, § 1º e pela proteção do art. 60, § 4º, inciso IV, que confere ao núcleo essencial desses direitos o *status* de cláusula pétreia.

Ademais, por influência da obra do Professor português J. J. Gomes Canotilho¹²⁷, o constituinte pátrio adotou o dirigismo constitucional, isto é, para além de uma Constituição garantia, estabeleceu no art. 3º da Constituição de 1988, através de normas programáticas, os objetivos do Estado brasileiro, que bem enfatizam a preocupação do constituinte com a implementação dos chamados direitos fundamentais sociais, a saber: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Logo, é absolutamente pertinente a preocupação de Batista Júnior com a redução da eficiência administrativa à sua faceta de mais fácil mensuração: a economicidade. É inaceitável reduzir-se a finalidade da norma que determina a observância de um dever de eficiência por parte do Estado a um mero dever de redução dos gastos públicos, como se isto fosse um fim em si mesmo.

Mesmo posições como a de Fernando Leal¹²⁸, que além da economicidade, associam à eficiência administrativa a idéia de qualidade do serviço ou do produto, ainda sim se afiguram restritivas em demasia por desconsiderarem aspectos relevantes para a tutela dos direitos fundamentais.

Como recusar a responsabilização, à luz da norma que impõe um dever de eficiência ao Estado, de um administrador que se conduziu de modo a contrariar a celeridade no enfrentamento de uma epidemia, ou a segurança na reforma de uma via pública, ou, ainda, a continuidade do serviço de educação fundamental?

¹²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

¹²⁸ LEAL, Fernando. *Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. n.15, ago./set./out 2008. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 14/02/2013.

Portanto, é na centralidade dos direitos fundamentais, na noção mesma de dignidade da pessoa humana, que se deve projetar a finalidade do chamado princípio da eficiência.

Como um dos fundamentos do Estado brasileiro (art. 1º, inciso III) a dignidade humana é o vetor supremo para a legitimação ou não da atuação da Administração Pública. É a partir deste vetor que no caso concreto as condutas deverão ser analisadas para se aferir se realizam ou não o estado ideal colimado pelo dever de eficiência.

Contudo, se por um lado o principal vetor para a interpretação da eficiência são os direitos fundamentais, de outro, sua interpretação não pode desconsiderar que ela está contida em um ordenamento único “a exigir do intérprete o relacionamento entre a parte e o todo mediante o emprego das categorias de ordem e de unidade” (Ávila, 2012, p. 144-145).¹²⁹ Ressaltando que da noção de unidade do ordenamento jurídico resulta – segundo a visão tradicional – a de coerência, impondo a necessidade de o intérprete relacionar uma norma com as demais que lhe são, formal ou materialmente, superiores, Ávila propõe que a coerência do ordenamento não deve ficar restrita ao plano da validade, em que se verifica a compatibilidade vertical entre normas, antes, deve ir além e operar também no plano da eficácia em um modelo *circular* (as normas superiores condicionam as inferiores, que por sua vez contribuem para conformar as superiores), *complexo* (não há apenas uma relação vertical entre normas, mas também horizontais e entrelaçadas) e *gradual* (quanto maior a observância dos critérios interpretativos maior será a perfeição da sistematização).¹³⁰

Com efeito, a interpretação que a Ciência do Direito e o Poder Judiciário atribuem às leis infraconstitucionais (e.g., Leis nº 8.666/93-licitações, Lei nº 8.629/93- reforma agrária; e Lei nº 10.520-pregão), também devem ser levadas em conta quando da avaliação daqueles elementos que devem ou não estar associados à idéia de eficiência administrativa, pois, efetivamente, podem contribuir para a conformação da norma aberta extraída do *caput* do art. 37 da Constituição.

Com essas considerações e tendo em conta a conceituação proposta por Humberto Ávila para as normas tipo princípio, já é possível afirmar que no direito positivo brasileiro existe sim um princípio da eficiência cujo estado ideal de coisas que pretende tutelar é a dignidade da pessoa humana e que o conjunto de condutas concretizantes desse estado ideal deverá ser aferido caso a caso, no plano *all things considered*, levando em conta as possibilidades semânticas do enunciado e tendo como pano de fundo os direitos fundamentais e o postulado hermenêutico da coerência nos termos acima expostos.

¹²⁹ ÁVILA, op.cit. supra.

¹³⁰ ÁVILA, op.cit. p. 148.

Outrossim, como princípio, a eficiência, também no plano da aplicação, poderá entrar em conflito com outros princípios constitucionais, devendo-se, então, para a solução de tais antinomias, utilizar-se o postulado da proporcionalidade como se depreende da própria jurisprudência do TCU que, ponderando a legalidade com a eficiência, entende que tanto as alterações contratuais quantitativas quanto as qualitativas estão sujeitas aos limites estabelecidos nos parágrafos 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, admitindo, entretanto, a celebração de aditivos de valores superiores a 25% ou 50%, conforme o caso, nas hipóteses previstas na Decisão nº 215/99-Plenário, *e.g.*, quando demonstrar-se, na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais, que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importariam sacrifício insuportável ao interesse público primário a ser atendido pela obra ou serviço, inclusive quanto à sua urgência e emergência.

Passa-se agora ao exame da eficiência a partir daquilo que Humberto Ávila definiu como postulados normativos aplicativos.

Segundo Ávila, os postulados são normas imediatamente metódicas, dirigidas ao intérprete e ao aplicador do Direito, que atuam como critérios para a aplicação de regras e princípios. Para o Autor, são exemplos de postulados a razoabilidade, a proporcionalidade e a eficiência. Diferentemente das regras, os postulados não se referem a um comportamento específico ou a uma competência e diferentemente dos princípios eles não estabelecem um estado ideal a ser perseguido. Daí a opção do Autor por identificá-los como normas de segundo grau ou metanormas, uma vez que não se situam no mesmo plano da norma aplicada.

Como leciona Ávila, os postulados estabelecem vinculação entre elementos e impõem relações entre eles, não funcionando, porém, uniformemente. Para o Autor, alguns postulados se traduzem em meras idéias gerais que devem ser levadas em conta pelo intérprete e aplicador do Direito, mas despidas de um critério específico de aplicação (*postulados inespecíficos*); outros já pressupõem a presença de determinados elementos e impõem a observância de determinados procedimentos para a correta aplicação das normas de primeiro grau, como ocorre, por exemplo, com o postulado de proporcionalidade (*postulados específicos*).

Assim como Humberto Ávila, Fernando Leal defende a existência de um postulado de eficiência. Pare ele, assim como o postulado de proporcionalidade, um postulado de eficiência lidaria com a relação entre meios e fins. Contudo, sua estrutura seria menos complexa que a do postulado de proporcionalidade, uma vez que este impõe a consideração dos meios com os fins promovidos e os restringidos ao passo que o de eficiência se deteria no fim promovido.

No mesmo sentido parece ser a lição de Batista Júnior:¹³¹

A eficiência administrativa, ao contrário da proporcionalidade, não centra suas preocupações no sacrifício imposto ao indivíduo, mas na maximização dos resultados para um sacrifício imposto à coletividade, ou pela minimização desse sacrifício, firmado o resultado. Resultado e sacrifício coletivo estão inseridos na idéia de eficiência: sacrifício como meio. Por sua vez, a proporcionalidade tem o resultado como preocupação, entretanto apenas como referência para a verificação da razoabilidade do sacrifício imposto ao indivíduo.

Naturalmente, pois, o PE impõe ao administrador o dever de buscar o máximo de vantagens e benefícios com o mínimo de sacrifícios aos administrados. A questão é que o nível aceitável de sacrifício para o indivíduo, isoladamente considerado, não entra em consideração na eficiência, que não foca sua análise no grau de suportabilidade do sacrifício para quem o sofre, mas o mandamento se prende às considerações dos resultados e meios, sob a ótica da coletividade. Esta é a distinção de enfoques de cada uma das idéias, igualmente relevantes na consideração da atuação da AP.

Como bem sabido, o âmbito de proteção *prima facie* de normas que estabelecem um estado ideal de coisas é naturalmente amplo e por conta disto, não raro, tais normas entram em conflito com outras de igual natureza normativa. Quando isto ocorre, a solução dessas antinomias eventuais se verifica no plano da eficácia mediante a busca de uma solução que permita a otimização de ambos os preceitos no caso concreto. Eis o “terreno” do postulado de proporcionalidade. Trata-se do método apropriado para a solução de antinomias entre normas tipo princípio no plano da eficácia. Através dos testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito o postulado de proporcionalidade atua como técnica de decisão e amplia a possibilidade de controle material *a posteriori* das decisões legislativas, judiciais e administrativas.

Por outro lado, como se verá adiante, o postulado de eficiência não se manifesta em um contexto de antinomia entre normas, ao revés, manifesta-se no estrito âmbito da escolha entre medidas alternativas aptas a promover o fim pretendido.

Para Fernando Leal (2008, p. 14), o postulado de eficiência “só é indispensável nos casos de implementação de medidas custosas voltadas à realização de um fim”.¹³² Todavia, tal posição - que pode ser entendida pelo fato de o referido Autor apenas associar os vetores custo e qualidade ao princípio da eficiência - não parece ser a mais adequada. É que esposando a preocupação de Batista Júnior com outros aspectos da eficiência, como a celeridade e a desburocratização, pode-se afirmar que o postulado aqui tratado também terá utilidade em hipóteses em que o ato administrativo não acarrete propriamente uma despesa, *e. g.*, um ato pelo qual o chefe de uma repartição pública organiza o modo pelo qual

¹³¹ BATISTA JÚNIOR, op.cit; p. 322

¹³² LEAL, op.cit. supra.

determinado serviço de atendimento à população será prestado. Aqui, embora não se trate de um ato imediatamente gerador de despesa, aspectos ligados à eficiência – como, por exemplo, a celeridade – devem sim ser levados em conta quando da prolação da decisão administrativa.

Se ambos tratam da relação dos meios com os fins e o postulado de proporcionalidade está estruturado nos testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, como se estruturaria um postulado de eficiência?

Acolhida a idéia de que ambos consubstanciam método para controle da relação entre meios e fins, pode-se, então, aceitar a idéia de que – pelo menos em parte – a estrutura desenvolvida pela doutrina para o teste de proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) pode ser aproveitada na estruturação do postulado de eficiência.

Para Ávila, o postulado de eficiência se estruturaria da mesma forma que o teste de adequação do postulado de proporcionalidade e disso não passaria. Em outras palavras, o postulado de eficiência se contentaria em exigir a escolha de um meio que seja satisfatoriamente apto à realização do fim desejado¹³³ – não necessariamente o mais intenso, melhor ou mais seguro.

Divergindo, Fernando Leal (2008, p. 16) entende que “que o nível em que a separação entre os deveres de eficiência e proporcionalidade deve ser feita é o da necessidade”. Defende que a atuação da eficiência se verifica, em verdade, no primeiro passo do teste de necessidade da medida “quando os diferentes meios são examinados em função da finalidade a ser promovida”:

Nesse passo o que se busca é a verificação é o grau de promoção do fim do meio em xeque em função de outros meios alternativos que se colocam. A análise não é mais singular como na adequação, mas considera vários aspectos entre diversos meios. E surge, então, uma questão: os meios devem ser comparados em todos os aspectos ou em alguns aspectos?¹³⁴

Para um melhor entendimento, convém lembrar, ainda que superficialmente, algumas noções de adequação e necessidade.

Para Humberto Ávila (2012, p. 187), “a adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim”. Salienta que essa relação pode ser analisada sob os aspectos quantitativo (intensidade maior ou menor), qualitativo (qualidade melhor ou pior) e probabilístico (mais ou menos certeza quanto ao alcance do fim) e ao

¹³³ Entenda-se fim desejado como o interesse constitucionalmente tutelado.

¹³⁴ LEAL, op.cit. supra.

refletir sobre a existência ou não de um dever do órgão competente escolher, sempre, o meio mais intenso, melhor e mais seguro para atingir o fim desejado, Ávila, tendo em conta o princípio da separação de poderes e a inviabilidade de sempre se conseguir saber previamente qual, dentre todos os meios possíveis e imagináveis, seja aquele mais intenso, melhor e mais seguro, afirma que o responsável tem apenas “o dever de escolher um meio que simplesmente promova o fim” (2012, p. 188) e não o que promova com maior intensidade, melhor e com maior probabilidade o fim colimado. Logo, no teste de adequação o meio é examinado apenas em relação à sua aptidão para a promoção do fim desejado e nada mais.

Concordando com Fernando Leal (2008, p. 16), o teste de adequação “não pode compreender um exame profundo de qualidade, especialmente porque, ao contrário dos aspectos quantitativo e probabilístico, ele demanda necessariamente o contraste com outros meios”. Portanto, restringir uma questão relevante como é a eficiência administrativa, aos estreitos limites acima traçados para o teste de adequação é, no mínimo, mitigar seu potencial normativo. Avance-se, então, ao teste de necessidade como proposto por Leal.

É na primeira parte do referido teste que se compara a aptidão do meio escolhido para promover o fim desejado em relação aos outros meios disponíveis; já na segunda, a comparação diz respeito ao grau de restrição sofrido pelo interesse contraposto que, como acima explicitado, não interessa ao postulado de eficiência, mas apenas ao de proporcionalidade.

Com efeito, na parte que interessa, o teste de necessidade determina sejam comparados o meio escolhido pelo administrador e os meios alternativos também aptos a promover o fim colimado pelo ato. É neste momento – da comparação entre os meios com vistas à maximização de resultados – *que o postulado de eficiência determina que os vetores ligados ao princípio da eficiência sejam levados em conta.*

No que diz respeito à eficiência – que possui diversos vetores a ela associados (*e.g.*, economicidade, qualidade, celeridade, continuidade, presteza) – a questão deve ser apresentada da seguinte forma: quando as medidas alternativas à disposição do administrador não ensejarem conflito entre vetores associados à eficiência, a escolha do Administrador não merecerá reprovação do TCU se não recaiu em opção manifestamente menos eficiente.

Todavia, se existem diversos meios de se promover um fim e se um determinado meio pode promover um vetor associado à eficiência e contrariar outros (*e.g.*, o mais econômico pode ser menos célere ou colocar em risco a continuidade do serviço), qual vetor deverá prevalecer segundo o postulado de eficiência?

Como é evidente, não há resposta pronta a um tal questionamento. Somente a situação de fato poderá demonstrar qual vetor associado à eficiência deverá prevalecer no caso concreto (*e.g.*, o custo ou a celeridade na compra de vacinas na iminência de uma epidemia? o custo ou a celeridade na compra de vacinas para a campanha anual de combate à poliomielite?). Uma vez identificado o vetor dominante no caso concreto – que poderá não sê-lo em outra situação, o meio escolhido pelo órgão competente somente terá atendido o postulado de eficiência se em harmonia com o referido vetor.

Em deferência à especialização funcional contida na idéia de separação de poderes, não há necessidade que o meio escolhido pelo órgão competente seja o que mais promova o vetor dominante, uma vez que outros vetores também estarão influenciando nessa ponderação interna, mas, nessa situação, o postulado também estará cumprindo a sua função metódica ao demandar justificativas do órgão decisor (ônus argumentaivo). O que não parece possível, em hipótese alguma, é a escolha recair sobre um meio manifestamente menos eficiente à luz do vetor dominante. Ocorrendo isto, o TCU deverá adotar as medidas cabíveis a fim de responsabilizar o administrador.

Por fim, na linha da advertência de Fernando Leal, cumpre não olvidar que o fato de o agente escolher um meio que se sai bem em termos de eficiência, não importa em garantia de que ao final tal escolha não possa sofrer reprovação. É que, em havendo interesses contrapostos, o teste de proporcionalidade continuará com a segunda parte da averiguação da necessidade e, posteriormente, se for o caso, com a da proporcionalidade em sentido estrito.

Feitas essas considerações, já é possível perceber que o controle material dos atos geradores de despesas públicas, por parte do TCU, possui alcance limitado. A seguir serão examinadas algumas decisões do Tribunal de Contas da União à luz do que foi dito neste Capítulo.

3.3. Casos exemplares

3.3.1. Decisão TCU nº 215/99-Plenário

Com fundamento no art. 1º, inciso XVII, da Lei Orgânica do TCU, que atribui competência à Corte de Contas para decidir sobre consulta que lhe seja formulada, por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de competência da Corte, o Ministério do Meio Ambiente apresentou consulta acerca da possibilidade de alteração de contrato administrativo em valor excedente ao limite estabelecido na Lei nº 8.666/93, visando à utilização de nova

tecnologia na execução das obras.¹³⁵ Importante ressaltar que nos termos do parágrafo segundo do citado inciso XVII, a resposta a tais consultas tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.

Por esse motivo, o Consulente, a título de suposição, descreveu uma obra pública para construção de barragem, em adiantado estágio de execução, em que se verificou a necessidade de acréscimos nos quantitativos de obras e serviços, em virtude da situação encontrada quando das escavações da fundação.

Argumentou que a substituição do maciço de terra, originalmente previsto no projeto básico e no contrato, por maciço em concreto compactado a rolo - CCR, traria benefícios econômicos e sociais à comunidade alcançada pela obra – quase três milhões de pessoas, tais como: a redução do prazo total de conclusão da barragem; a possibilidade de estocar água à medida em que o maciço CCR fosse sendo elevado, antecipando a acumulação de água na região em dois ou três anos; e a segurança no abastecimento de água para projetos industriais, turísticos e de irrigação, em vias de implantação na região.

Outrossim, formulou que a tecnologia CCR, à época da elaboração do projeto básico, quase não era utilizada na construção de barragens no Brasil e que a utilização de tal tecnologia não comprometeria a segurança da obra nem alteraria as suas características, pois que seria mantido o volume original de acumulação de água e seriam preservados todos os seus múltiplos usos, como a produção de pescado, o controle de enchentes e o fornecimento de água para consumo humano e industrial, bem como para irrigação.

Por fim, salientou que os acréscimos em obras e serviços necessários para concluir a barragem, tanto mantendo o processo construtivo original (maciço de terra) quanto o modificando, utilizando-se a tecnologia CCR, implicariam a elevação do valor inicialmente contratado em patamar superior ao limite legalmente permitido de 25%.

Após expor a situação, o Consulente questionou:

I - se seria lícito aditar o contrato no sentido de alterar o tipo de tecnologia de construção do trecho central do maciço, na calha do rio, de barragem de terra para barragem de concreto compactado a rolo, com vistas à otimização do objeto contratado, uma vez que as modificações de projeto ou especificações não resultariam em transmutar o objeto licitado, que continuaria sendo o mesmo, ou seja, construção de açude com mesmo porte e capacidade, porém executado com melhor tipo de tecnologia;e

¹³⁵ TCU. Processo nº 930.039/1998-0. A exposição da Consulta é baseada na manifestação do Ministério Público junto ao TCU, que foi adotada como relatório pelo Ministro-Relator do processo.

II – se as extensões contratuais de natureza qualitativa, ainda que implicando em acréscimos de quantidades, poderiam ser aditadas em contrato, mesmo estando estas últimas sujeitas aos limites da legislação de regência (Decreto-Lei nº 2.300/86).

Conforme esclareceu o representante do Ministério Público junto à Corte, o art. 121 da Lei nº 8.666/93 determinou a incidência dos parágrafos 1º e 2º do art. 65 da mesma Lei aos contratos celebrados sob a égide do Decreto-Lei nº 2.300/86. Com efeito, estes foram os dispositivos interpretados pela Corte. Destacou, ainda, o representante do Ministério Público, que a adoção dos dispositivos do Decreto-lei nº 2.300/86, em vez dos da Lei nº 8.666/93, levaria ao mesmo resultado interpretativo.

Em sua fundamentação, inicialmente a Corte distinguiu as alterações contratuais quantitativas das qualitativas, demonstrando que, nas quantitativas, o que se altera é a dimensão do objeto contratado e, nas qualitativas, o que se altera é a quantidade de bens e serviços necessários para se atingir a dimensão inicialmente contratada ou as especificações do contrato. Para melhor entendimento, foi citada a já clássica lição de Eros Roberto Grau:

(a) contrata-se a pavimentação de 100km de rodovia; se a Administração estender a pavimentação por mais 10km, estará crescendo, quantitativamente, o seu objeto - a dimensão do objeto foi alterada; (b) previa-se, para a realização do objeto, a execução de serviços de terraplanagem de 1000m³; se circunstâncias supervenientes importarem que se tenha de executar serviços de terraplanagem de 1200m³, estará sendo acrescida a quantidade de obras, sem que, contudo, se esteja a alterar a dimensão do objeto - a execução de mais 200m³ de serviços de terraplanagem viabiliza a execução do objeto originalmente contratado.¹³⁶

Ressaltando que embora a Lei não fizesse expressa previsão de um limite para as alterações unilaterais qualitativas, os mesmos limites impostos pela Lei para as alterações quantitativas deveriam ser aplicados às qualitativas, isto é, 25% do valor atualizado do ajuste (50% no caso de reformas), tendo em vista que “a inexistência desses limites não se coaduna com o Direito, pois pode ser deduzida a partir do art. 58, I, da Lei de Licitações e Contratos, anelado pelo princípio da proporcionalidade, em virtude da observância aos direitos do contratado”.

Note-se que se a Corte fosse conferir à Lei nº 8.666/93 a posição de centralidade típica do período que no item 3.1 deste Capítulo se aludiu como legicentrismo, uma vez admitindo que os limites impostos para as alterações quantitativas também seriam aplicáveis às qualitativas, a solução da questão não poderia ser outra que não a recusa à possibilidade de

¹³⁶ GRAU, Eros Roberto. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 29.

alteração contratual qualitativa em percentual superior ao previsto no parágrafo primeiro do art. 65 da Lei nº 8.666/93. Aliás, este foi o entendimento do órgão técnico do Tribunal.

Todavia, esposando entendimento contrário, o Tribunal entendeu que em situações excepcionais seria possível uma tal alteração contratual acima do limite legal, desde que consensual e que a outra alternativa - a rescisão do contrato, seguida de nova licitação e contratação – viesse a “significar sacrifício insuportável do interesse coletivo primário a ser atendido pela obra ou serviço”.

Destacando que rescisão contratual por interesse público, com vistas à nova licitação e contratação, ensejaria uma série de consequências negativas¹³⁷, o Tribunal decidiu nos seguintes termos:

-
- a) tanto as alterações contratuais quantitativas - que modificam a dimensão do objeto - quanto as unilaterais qualitativas - que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei;
- b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos:
- I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;
- II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;
- III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;
- IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;
- V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;
- VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea "a", supra - que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência;¹³⁸
-

¹³⁷ Conforme o parecer do órgão do Ministério Público nos autos do Processo nº 930.039/1998-0: indenização de prejuízos causados ao ex-contratado, como, por exemplo, os custos com a dispensa dos empregados específicos para aquela obra; o pagamento ao ex-contratado do custo da desmobilização; os pagamentos devidos pela execução do contrato anterior até a data da rescisão; a diluição da responsabilidade pela execução da obra; e a paralisação da obra por tempo relativamente longo - até a conclusão do novo processo de contratação e a mobilização do novo contratado -, atrasando o atendimento da coletividade beneficiada.

¹³⁸ TCU. Processo nº 930.039/1998-0.

Embora a fundamentação da decisão não explicita se o método utilizado pela Corte para a solução da questão jurídica foi a aplicação da razoabilidade como equidade, nos termos propostos por Humberto Ávila como critério excepcional de superação de regras no plano da eficácia, isto é, sem adentrar ao plano da validade, ou se a solução foi buscada através da aplicação do postulado de proporcionalidade, mediante a ponderação da legalidade com outros interesses constitucionalmente tutelados – como a própria eficiência no que toca à qualidade e à celeridade na obtenção das externalidades positivas do projeto, o fato é que ao se analisar a decisão acima se pode concluir que: (i) o controle formal de legalidade das despesas públicas não se encontra menos prestigiado pelo fato de ao seu lado existir um controle material, tanto assim que a Corte estabeleceu uma série de condicionantes e tratou como “excepcionalíssimas” as hipóteses de superação da regra; (ii) a decisão da Corte confirma o que acima se expôs no item 3.1 deste Capítulo no sentido de que, no constitucionalismo hodierno, mais relevante que a mera observância à lei é a observância da Constituição, isto é, a legalidade cedeu seu protagonismo à noção de juridicidade; e (iii) a decisão da Corte confirma, também, o que acima se expôs no item 3.2 quanto à associação de determinados vetores à noção de eficiência (qualidade e celeridade e não apenas economicidade) e a possibilidade – enquanto princípio – de a eficiência ser ponderada com outros princípios constitucionais como a própria legalidade.

3.3.2. Acórdão TCU nº 1195/2008 - Primeira Câmara

No caso em tela, em vez de contratar transporte terrestre, o então dirigente do Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, no Estado de Goiás, havia contratado transporte aéreo para viagens consideradas pela Corte como de curta distância - o que acarretou um custo de transporte mais elevado para a referida autarquia.

Em sede de embargos de declaração opostos pelo ex-dirigente contra o Acórdão nº 3.458/2007-1ª Câmara, por meio do qual o Tribunal negou provimento ao recurso de reconsideração interposto contra o Acórdão nº 1.693/2007-1ª Câmara, prolatado nos autos de Tomada de Contas Especial instaurada em virtude da contratação irregular, o TCU reafirmou que o controle de economicidade do ato administrativo (art. 70 da Constituição) compreende “a avaliação da legitimidade dos aspectos relacionados à eficiência, eficácia e efetividade da gestão pública”, bem como que “é cabível ao Tribunal adentrar o mérito administrativo, nos casos em que a decisão adotada pelo gestor se mostrar nitidamente em descompasso com o

princípio da economicidade, tendo em vista as demais opções legais que estiverem ao seu alcance”.¹³⁹

Importante notar que na deliberação consta que a aplicação de multa ao ex-dirigente se deu em face da adoção de ato ilegítimo que resultou em uma contratação, nitidamente, antieconômica, em dissonância com os princípios da razoabilidade e da economicidade.

Explicitando a visão perfilhada no Acórdão atacado, o Relator cita a Lição de Lucas Rocha Furtado, representante do Ministério Público especial naquele feito:

Quando se examina o interesse público sob a ótica da economicidade, não se exige do administrador a adoção da solução mais eficiente, eficaz e efetiva. Ainda que este seja o cenário ideal, não se mostra factível querer impor ao administrador público o dever de adotar a solução ideal. A partir dos parâmetros e metas de eficiência, eficácia e efetividade, e tendo presente o princípio da razoabilidade, devem ser identificadas, ao contrário, as situações em que os administradores públicos tenham adotado soluções absurdamente antieconômicas. Caso seja possível identificar, a partir da razoabilidade, essas soluções, a conclusão é a de que elas são ilegítimas.¹⁴⁰

Prossegue o Relator ainda com citações de Furtado:

O controle da legalidade e o controle de legitimidade, conforme examinado, não interferem no mérito da atividade administrativa. Dizem respeito à conformidade dos atos à lei e aos demais princípios e preceitos jurídicos.

O controle da economicidade, ao contrário, alcança aspectos relacionados ao mérito - o que ocorre de forma bastante mitigada - e à adequação da atividade administrativa ao ordenamento jurídico.

(...)

Em resumo, é possível afirmar que o controle realizado pelo TCU é de legalidade, de legitimidade, e de economicidade. O controle de economicidade, por meio do qual são examinados aspectos relacionados à eficiência, efetividade e eficácia da gestão pública, compreende aspectos de legitimidade e de mérito. Este último, o controle de mérito, é exercido pelo TCU de forma bastante mitigada, alcançando tão-somente a fiscalização da gestão e não o poder de revisão de atos ou de atividades.¹⁴¹

Outrossim, o Relator ressalta que a jurisprudência do Tribunal possui inúmeros casos em que os responsáveis foram apenados em multa, em face da ocorrência de ato antieconômico.¹⁴²

O presente caso bem ilustra a posição perfilhada linhas acima acerca do princípio da eficiência. A uma porque permite seja visualizada a clara relação continente-conteúdo entre eficiência e um dos vetores a ela associados – a economicidade. A duas porque permite seja

¹³⁹ TCU. Processo nº 020.504/2006-3. Voto do Ministro-Relator Augusto Nardes.

¹⁴⁰ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² TCU. Acórdãos nºs 717/2005-1ª Câmara; 233/2000 e 1.180/2003-2ª Câmara; e 227/2000, 3.031/2000 e 201/2002-Plenário.

confirmada o que se disse acima sobre o controle material dos atos administrativos geradores de despesa, isto é, em deferência ao princípio da separação de poderes, não poderá jamais a Corte de Contas fazer a vez do administrador público.

Com efeito, somente poderá haver responsabilização do administrador, por razões de mérito, quando manifestamente presente a contradição do ato com a norma constitucional permissiva de um tal controle. Note-se que vezes há em que a incidência de um direito fundamental no caso concreto poderá reduzir a margem de discricção do administrador a zero – mesmo que ela esteja prevista em uma lei constitucional em tese. Todavia, não é disso que se tratou aqui.

3.3.3. Acórdão TCU 1722/2008 – Plenário

O caso cuida da análise do Relatório de Auditoria realizada para verificar operacionalidade, confiabilidade e efetividade do sistema de visualização radar X – 4000 por força de uma série de eventos, que, em conjunto, ficaram nacionalmente conhecidos como “apagão aéreo”.¹⁴³

O Relatório apresentou treze achados de Auditoria, relacionados à segurança do tráfego aéreo, manutenção e funcionalidades do sistema, treinamento de usuários, plano de contingência de ativos de TI e propôs recomendações e determinações aos órgãos envolvidos.

Neste caso específico, a fundamentação constante do voto do Ministro-Relator, quanto à adoção das conclusões do Relatório de Auditoria como recomendações ou como determinações aos órgãos envolvidos, veicula um importante balizamento para a atuação da Corte de Contas no que toca ao controle externo:

19. A este respeito tenho por necessário reafirmar o entendimento que predomina nesta Corte, e pelo qual balizo minha atuação.

20. As determinações desta Corte, no plano eficaz, trazem ínsitas sua natureza cogente, à qual deve sujeitar-se o destinatário do comando decisório no qual se contenham. Vinculam, portanto, toda a Administração Pública Federal, e também os Poderes Legislativo e Judiciário, com supedâneo em sua competência constitucional e legal.

21. Tem-se por implícitas às determinações do TCU o inequívoco caráter corretivo ou preventivo de atos praticados em desconformidade ao regramento jurídico. Diversamente do que se verifica na análise da conduta de agentes incursos em transgressões normativas, onde se admite apreciações de índole axiológica, ponderando-se circunstâncias que possam atenuar ou agravar a conduta analisada, a formulação de determinações foca-se na objetividade dos fatos que lhe rendem ensejo.

¹⁴³ TCU. Processo nº 020.840/2007-4

22. Desta forma, a violação jurídica há de ser flagrante para dar lugar a determinação corretiva ou preventiva, necessária à sua coibição, independentemente da apuração de responsabilidades pelo cometimento do ato desconforme ao direito. É de se ponderar, ainda, que o descumprimento a decisão do Tribunal sujeita o agente à sanção de multa prevista no art. 58, IV, da Lei nº 8.443/92.

23. Posto isto, em não se verificando a ocorrência de flagrante violação jurídica, a determinação cede espaço à mera recomendação. Nesta circunstância, avulta o caráter didático da atuação do controle, visando não à repressão, mas sim a colaboração do ente fiscalizador com o Administrador Público, a quem cumpre avaliar sobre a adoção, ou não, da recomendação, segundo critérios de conveniência e oportunidade, dentro de sua esfera de discricionariedade.¹⁴⁴

Ressaltou o Relator que julgava conveniente essa colocação, uma vez que a despeito de concordar com a pertinência das conclusões do Relatório propunha para a maior parte do conjunto de determinações a formulação de meras recomendações, isto porque entendia não se verificar na quase totalidade dos achados de Auditoria nenhuma flagrante violação a norma jurídica que justificasse a ação corretiva contida em comandos daquela natureza.

Mais adiante, voltando a explicitar sua forma de pensar quanto à formulação de determinações e recomendações, o Ministro-Relator toca na questão da eficiência e explicita entendimento que vem bem ao encontro daquele apresentado neste trabalho:

32. De forma similar ocorre em relação ao princípio da eficiência, contido no caput do art. 37 da Constituição Federal. Embora seja cediço que o conteúdo principiológico deva permear toda a atividade administrativa, há circunstâncias fáticas que constituem notório empecilho a uma gestão eficiente, tais como restrições orçamentárias, falta de pessoal qualificado, apenas para mencionar alguns.

33. Portanto, a invocação deste princípio para sustentar uma ação coercitiva por parte do Controle Externo deve demonstrar, de forma irrefutável, que o gestor público, dentro de sua esfera de poder discricionário, tenha concorrido, por ação ou omissão, para um resultado abaixo dos parâmetros objetivos mínimos de eficiência que possam ser exigidos de um órgão ou entidade. Por outro lado, restando demonstrado que o administrador público vem buscando alternativas que minimizem as circunstâncias adversas, até mesmo eliminando-as, entendendo caber aos órgãos de controle que, tão-somente, formulem determinações quanto aos pontos suscetíveis de melhorias.

Neste capítulo procurou-se analisar através da seleção de dois exemplos – legalidade e eficiência – o poder-dever constitucionalmente imposto ao TCU de realizar os controles formal e material sobre os atos geradores de despesa pública. Outrossim, procurou-se ilustrar a exposição com casos julgados pela Corte de Contas em ordem a explicitar que o que aqui se colocou em linguagem dogmática também encontra respaldo no mundo dos fatos, no cotidiano mesmo da Corte de Contas.

Após o exame dos protagonistas deste trabalho nos Capítulos anteriores (TCU e Judiciário) e da exteriorização de como atua a Corte de Contas frente aos atos geradores de

¹⁴⁴ Ministro Augusto Nardes.

despesas públicas – inclusive quanto ao mérito –, considera-se apresentados os pressupostos teóricos mínimos para o exame a que se propôs este Trabalho. Destarte, é preciso prosseguir no *iter* inicialmente proposto e finalmente adentrar ao exame do controle judicial dos julgamentos de contas realizados pelo TCU.

Capítulo 4

Parâmetros para o controle judicial do julgamento de contas realizado pelo TCU

4.1. O STF no controle do julgamento de contas: visão a partir da natureza administrativa do julgamento de Contas

No Capítulo I, cuidando dos aspectos gerais ligados ao TCU, apresentou-se a controvérsia doutrinária acerca da natureza jurídica do julgamento de contas realizado pelo TCU (art. 71, inciso II, da Constituição).

Naquela feita, se expôs que duas prestigiosas correntes doutrinárias disputam a preferência dos operadores do Direito: uma defende a natureza jurisdicional do referido julgamento de contas, afirmando que sua revisão pelo Poder Judiciário acarretaria “absurdo *bis in idem*”¹⁴⁵ e que a utilização do verbo julgar no inciso II do art. 71 da Constituição caracterizaria exceção à regra prevista no inciso XXXV do art. 5º da Magna Carta, que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça direito”; outra, em sentido inverso, defende a natureza administrativa de tais julgamentos e nega que a utilização do verbo julgar caracterize a existência de uma exceção ao chamado *princípio* da inafastabilidade da jurisdição, sustentando que – quando o quis – o constituinte fez expressamente ressalvas ao controle judicial, como nos casos de prisão por transgressão ou crime militar (art. 5º, LXI) e na exigência de esgotamento das instâncias esportivas para o questionamento judicial da disciplina e das competições esportivas (art. 217, § 1º).

Embora existente no âmbito doutrinário, tal discussão não tem maiores consequências no âmbito dos Tribunais do Poder Judiciário. Como se verá adiante, consultando as decisões do STF acerca do Tribunal de Contas da União é possível encontrar farto material que permite afirmar que a Suprema Corte brasileira perfilha, há décadas, o entendimento esposado pela segunda corrente, recusando às decisões do TCU aquela definitividade característica das decisões proferidas em sede de jurisdição.

Com efeito, a questão verdadeiramente relevante para os dias de hoje não é propriamente a respeitante à natureza jurídica do julgamento de contas realizado pelo TCU e a conseqüente possibilidade ou não do controle de tais julgamentos pelo Poder Judiciário – isto é um fato, antes, o que realmente interessa, é refletir sobre a extensão do controle a ser realizado pelo Poder Judiciário.

¹⁴⁵ MIRANDA, op.cit.

Nesse diapasão, uma primeira observação merece realce. Nos termos do inciso II do art. 71 da Constituição, o julgamento das contas das pessoas ali mencionadas, no âmbito da União, é de competência exclusiva do Tribunal de Contas da União. Isto significa dizer que quando o Poder Judiciário realiza o controle de tais atos não o faz em ordem a modificar o julgamento realizado pelo TCU, isto seria, em verdade, um inaceitável *bis in idem*. O que o Judiciário realiza é o controle da juridicidade de um tal julgamento, invalidando-o ou não, mas jamais reformando a decisão prolatada pela Corte de Contas.

Admitindo a natureza administrativa e a conseqüente possibilidade de controle judicial do julgamento de contas realizado pelo TCU, há quem defenda que o papel do Judiciário, no exercício deste controle, deve estar limitado aos aspectos ligados à dimensão procedimental do devido processo legal (*procedural due process of law*).

Todavia, além de equivocada – como se verá adiante, ao ser apresentado nesses termos o debate se polariza no contraste entre a dimensão procedimental e a substantiva do devido processo legal (*substantive due process of law*), obnubilando os diversos aspectos da decisão do TCU que podem ser objeto do controle exercido pelo Poder Judiciário.

É a partir da natureza jurídica do julgamento de contas realizado pelo TCU que a questão atinente ao controle judicial deve ser arrostada. Como todo ato administrativo, também no julgamento de contas é possível encontrar aqueles elementos mencionados no Capítulo III, quais sejam: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

No que toca ao elemento competência, pode-se mencionar o Mandado de Segurança nº 24.423-DF com a seguinte Ementa:

TERRACAP. 2. Determinação de Tomada de Contas Especial pelo Tribunal de Contas da União. Suposta "grilagem" de terras. 3. Ato de decretação da indisponibilidade dos bens de dirigentes da TERRACAP. 4. Preliminar de decadência rejeitada. 5. Incompetência do TCU para a fiscalização da TERRACAP. Sociedade de economia mista sob controle acionário de ente da federação distinto da União. 6. Ordem deferida. ¹⁴⁶

Como se pode extrair da mera leitura da Ementa acima transcrita, a competência do TCU no julgamento de Contas – elemento vinculado de qualquer ato administrativo – pode e deve ser objeto de controle por parte do Judiciário, que tanto poderá obstar o julgamento quanto anulá-lo quando concretizado. Essa é a maneira correta de se analisar um julgamento

¹⁴⁶ STF. MANDADO DE SEGURANÇA. MS 24.423/DF - DISTRITO FEDERAL. Relator Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 10/09/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

de contas realizado pelo TCU quando a preocupação de fundo é a evidenciação do modo pelo qual ocorre a intervenção do Poder Judiciário.

No que diz respeito à finalidade – outro elemento vinculado do ato administrativo – se pode afirmar que aquelas decisões que, embora contidas nas possibilidades semânticas da norma de regência, estejam por afrontar sua finalidade, também estarão sujeitas ao controle por parte do Poder Judiciário conforme se pode depreender do voto do Ministro Marco Aurélio, Relator do MS nº 23.550-DF¹⁴⁷, que, embora afirmando relegar ao segundo plano, fez questão de levar ao conhecimento do Plenário do STF a seguinte assertiva apresentada pelo dirigente da autarquia prejudicada pela decisão do TCU:

Carece, ainda, Senhora Secretária, por dever de ofício, informar-lhe que na fase de julgamento de recursos sob a decisão da Comissão de Licitação, fui informado, o que entendi como ameaça velada, que um dos recorrentes possuía amigos importantes no TCU e que poderíamos ter problemas se não fosse acatado seu recurso. Não acredito, contudo, que esse Tribunal, por influência de terceiros possa tomar atitudes desvinculadas do seu real objetivo.

Não obstante o fundamento para a concessão da ordem não tenha sido o desvio de finalidade, a leitura dos votos permite seja extraída conclusão no sentido de que, uma vez constatado pelo STF um tal desvio, não se furtaria o Tribunal de determinar a anulação de um julgamento de contas realizado pelo TCU.

Também a inobservância da forma – outro elemento vinculado dos atos administrativos – pode dar ensejo à anulação judicial do julgamento de contas realizado pelo TCU. De notar que a preocupação com devido processo legal procedimental permeia não só o julgamento de contas, mas toda e qualquer atuação do TCU, inclusive em sede representação formulada junto ao Tribunal, que, além de poder gerar ordem para anular um contrato ou uma licitação, uma vez procedente, poderá ser convertida em tomada de contas. No MS nº 23.550-DF¹⁴⁸, já a partir da leitura da Ementa do Acórdão redigido pelo Ministro Sepúlveda Pertence - autor do voto condutor, é possível identificar claramente como a inobservância do devido processo legal procedimental, por parte do Tribunal de Contas da União, vicia um ato praticado por si realizado:

¹⁴⁷ STF. MANDADO DE SEGURANÇA. MS 23.550 / DF - DISTRITO FEDERAL . Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 04/04/2001. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹⁴⁸ STF. MANDADO DE SEGURANÇA. MS 23.550 / DF - DISTRITO FEDERAL . Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 04/04/2001. Órgão Julgador: Tribunal Pleno

I. Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1º e 2º). O Tribunal de Contas da União - embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos - tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou. II. Tribunal de Contas: processo de representação fundado em invalidade de contrato administrativo: incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis. Decisão pelo TCU de um processo de representação, do que resultou injunção à autarquia para anular licitação e o contrato já celebrado e em começo de execução com a licitante vencedora, sem que a essa sequer se desse ciência de sua instauração; nulidade. Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, a fortiori, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase - jurisdicional. A incidência imediata das garantias constitucionais referidas dispensariam previsão legal expressa de audiência dos interessados; de qualquer modo, nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (L. 9.784/99), que assegura aos administrados, entre outros, o direito a "ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos (art. 3º, II), formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente". A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprimindo a falta a admissibilidade de recurso, mormente quando o único admissível é o de reexame pelo mesmo plenário do TCU, de que emanou a decisão.

Note-se que boa parte da doutrina insiste em desconsiderar que aspectos outros, além daqueles ligados à dimensão procedimental do devido processo legal, podem, igualmente, dar azo à anulação judicial do julgamento de contas. Aparentemente dissentindo dessa visão restrita, veja-se, a propósito, a seguinte passagem da excelente obra de Fernando Cleber de Araújo Gomes:

Nessa condição, somente à vista de comprovado vício de ordem procedimental (*error in procedendo*), oriundo basicamente da ofensa aos postulados constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, ou então ante a caracterização de circunstâncias que – usando aqui de analogia – autorizariam o manejo excepcional da ação rescisória (art. 485 do CPC), caberia fulminar, por anulação (e não revisão, ressalte-se), deliberações da Corte de Contas emitidas com supedâneo no art. 71, II, do texto constitucional, acima transcrito.¹⁴⁹

Como dito acima e examinado mais adiante, o controle judicial da juridicidade do julgamento de contas realizado pelo TCU não está circunscrito aos aspectos ligados à dimensão procedimental do devido processo legal.

¹⁴⁹ GOMES, Fernando Cleber de Araújo. *O Tribunal de Contas e a defesa do Patrimônio Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 77.

Prosseguindo a análise do controle judicial a partir dos elementos dos atos administrativos, chega-se, então, ao quarto elemento. Conforme destacado no Capítulo III, vezes há que o motivo – pressuposto fático ou jurídico para a prática do ato – vem de antemão definido na lei; em outras, tendo em vista o melhor atendimento do interesse público perseguido pela norma, o legislador confere margem para que o administrador, exercendo discricionariamente juízo de conveniência e oportunidade, decida *se e quando* praticar o ato.

No caso do julgamento de contas, realizado pelo TCU, o motivo para a reprovação das contas é vinculado, isto é, sem que se verifiquem os pressupostos determinados pelo Legislador não poderá haver imputação de débito a ressarcir ou aplicação de multa. Veja-se a este respeito os arts. 57 e 58 da Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443/92):

Art. 57. Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao Erário.

Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

I - contas julgadas irregulares de que não resulte débito, nos termos do parágrafo único do art. 19 desta Lei;

II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;

III - ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário;

IV - não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal;

V - obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas;

VI - sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal;

VII - reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal.

§ 1º Ficará sujeito à multa prevista no caput deste artigo aquele que deixar de dar cumprimento à decisão do Tribunal, salvo motivo justificado.

No mesmo sentido do ponto de vista aqui esposado se posiciona Michel Mascarenhas:

Todo o trabalho dos tribunais de contas é descrito na constituição e na lei, assim como os parâmetros que devem ser seguidos na fiscalização. Logo, os atos dos tribunais de contas são vinculados. Independentemente de ter cunho declaratório, fiscalizatório, decisório, opinativo, sancionador, importa que os atos que resultam da atividade de controle externo respeitem a constituição e a lei.¹⁵⁰

É ao analisar o motivo do ato praticado pelo TCU – julgamento de contas – que o Poder Judiciário se debruçará sobre o ato administrativo praticado pelo administrador. É a

¹⁵⁰ MASCARENHAS, Michel. *Tribunais de Contas e Poder Judiciário. O sistema jurisdicional adotado no Brasil e o controle sobre os atos dos tribunais de contas*. São Paulo: Conceito, 2011, p. 278

antijuridicidade deste último o motivo determinante do ato praticado pelo TCU. É aqui que o Judiciário irá analisar a competência do administrador para a prática do ato reprovado; sua finalidade; a observância ou não da forma; a existência do motivo e – no caso dos atos vinculados – sua aderência ao preceito legal; a adequação do objeto ao que previsto na norma; a razoabilidade do ato – enquanto juízo de compatibilidade entre o motivo e o objeto; sua proporcionalidade – enquanto vedação de excesso na restrição ao interesse contraposto ou de proteção insuficiente a direito fundamental; a moralidade; e a eficiência do ato da administração.

Nesse exato sentido, podem ser citados diversos Acórdãos do Supremo Tribunal Federal. Veja-se, por exemplo, a Ementa do MS nº 24.631-DF:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido.¹⁵¹

No caso acima, o Poder Judiciário adentrou ao exame dos motivos determinantes do julgamento do TCU em desfavor do advogado parecerista, isto é, adentrou no próprio ato administrativo que ensejara a responsabilização imposta pelo Tribunal de Contas. Concedeu a ordem e estabeleceu, ainda, parâmetros para que uma tal responsabilização pudesse vir à baila.

¹⁵¹ STF. MANDADO DE SEGURANÇA. MS 24.631 / DF - DISTRITO FEDERAL. Relator Min. JOAQUIM BARBOSA. Julgamento: 09/08/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Em outro caso, o MS nº 23.981-DF, o Supremo Tribunal Federal concedeu a segurança para afastar a responsabilização de servidores que no entendimento do TCU teriam realizado viagens a serviço e recebido diárias sem justificativas convincentes:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PODER DISCRICIONÁRIO. ESCOLHA DE ASSESSORES DE PRESIDENTE DE TRIBUNAL. DIÁRIAS E DESPESAS DE VIAGENS. Os Presidentes de Tribunais, por exercerem relevante função na estrutura administrativa do Poder Judiciário, dentro da margem de discricionariedade que lhes é conferida, têm o poder de decisão sobre a conveniência e oportunidade na escolha de servidores para desempenharem funções extraordinárias relacionadas com o interesse da administração. Segurança concedida.¹⁵²

Frise-se, por relevante: nessas hipóteses, em que o Poder Judiciário está a examinar a juridicidade ou não do ato do administrador que fora objeto da reprovação do TCU, esse exame se verifica no âmbito do motivo do ato do TCU que reprovou as contas do administrador.

Por último, mas não menos importante, cumpre mencionar o objeto como elemento do ato administrativo. Conforme mencionado no Capítulo III, o objeto é a medida ou providência adotada pela Administração no exercício do poder que lhe fora conferido pelo legislador. Embora a legislação vincule o TCU no que diz respeito aos tipos de medidas à sua disposição, há, inegavelmente, uma margem discricionária no que tange à dosimetria das multas por ele aplicadas. Ao contrário do motivo, aqui o Judiciário estará a examinar o próprio ato do TCU – e não o do administrador – para aferir sua adequação ou não ao tipo de sanção previsto em lei e a sua adequada aplicação à luz dos postulados de razoabilidade e proporcionalidade.

Feitas as considerações acima, fortemente impulsionadas pela intenção de desnudar, de uma vez por todas, a anatomia do ato administrativo revestido da designação “julgamento de contas”, a seguir, não com a intenção de proclamar uma verdade absoluta, antes com o genuíno desejo de em alguma medida contribuir para o debate científico acerca do tema, serão apresentados e justificados os parâmetros que, à luz de tudo o que acima se expôs, entende-se como adequados para balizar a relação estabelecida entre o Poder Judiciário e o Tribunal de Contas da União, no âmbito do controle judicial sobre os julgamentos de contas realizados pelo TCU.

4.2. Parâmetros para o controle judicial do julgamento de contas realizado pelo TCU

¹⁵² STF. MANDADO DE SEGURANÇA. MS 23.981 / DF - DISTRITO FEDERAL. Relatora Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 19/02/2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

No contexto aqui tratado, parâmetro possui a mesma conotação adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em 1938, no caso *United States v. Carolene Products Co.*¹⁵³, isto é, diz respeito ao grau ou à intensidade do controle de constitucionalidade a ser exercido pela Poder Judiciário.

Ao decidir aquela causa, a Suprema Corte norte-americana reconheceu que, embora a regra seja a presunção de constitucionalidade das leis, em algumas ocasiões tal presunção pode não estar presente. Assim, quando a presunção de constitucionalidade estivesse presente, como em casos ligados à regulação econômica, o controle de constitucionalidade deveria ser menos intenso; já em temas em que estivesse em jogo a restrição a direitos de minorias estigmatizadas no processo político majoritário, uma tal presunção de constitucionalidade não estaria presente, se justificando, destarte, um controle mais rigoroso pelo Poder Judiciário.

Embora não se perfilhe aqui o entendimento no sentido de que algumas normas possuem presunção de constitucionalidade e outras não, uma vez que tal presunção é inerente à própria noção de Estado de Direito, a utilização de parâmetros no controle de constitucionalidade de atos normativos ou mesmo concretos se afigura deveras interessante, uma vez que, indiscutivelmente, a presunção de constitucionalidade pode variar de intensidade conforme se pode depreender do mero cotejo entre uma lei que promova e outra que restrinja direitos fundamentais.

No Brasil, já existem diversos trabalhos acadêmicos com propostas de parâmetros para o exercício da atividade jurisdicional, como, dentre outros, a tese de doutorado de Gustavo Binimbojm¹⁵⁴. Ao propor o fim da dicotomia entre atos administrativos vinculados e discricionários, Binimbojm reconhece diferentes graus de vinculação do agente público à norma e propõe critérios para justificar uma maior ou menor intensidade no controle judicial desses atos.

Diversos critérios podem ser invocados, conforme o caso, em ordem a justificar uma maior ou menor intensidade do controle judicial sobre os atos dos demais Poderes, tais como: uma maior participação popular no processo administrativo que informou a decisão (*e.g.*, realização de audiências e consultas públicas), o modo de investidura daquele que emitiu o ato (eleito ou não pelo povo), uma maior objetividade do enunciado normativo (princípios, conceitos jurídicos indeterminados ou regras), a teoria da separação de poderes, capacidade institucional etc.

¹⁵³ 304 U.S. 144 (1938).

¹⁵⁴ BINIMBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

No presente trabalho, defende-se que dois aspectos podem contribuir mais especificamente para o estabelecimento de parâmetros que permitam justificar uma maior ou menor intensidade do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre o julgamento de contas realizado pelo TCU, quais sejam a capacidade institucional dos órgãos estatais encarregados de interpretar a Constituição e o princípio da separação de poderes, adiante examinados.

Quanto à sempre aludida dificuldade contramajoritária¹⁵⁵ (*counter-majoritarian difficulty*) do Poder Judiciário, composto por juízes não eleitos, para controlar atos emanados dos Poderes cujos membros foram eleitos pelo povo, cumpre ressaltar que este não é o caso do julgamento de contas. Muito embora se tenha admitido acima que o TCU está contido no âmbito do Poder Legislativo, tanto quanto os membros da cúpula do Poder Judiciário, os Ministros da Corte de Contas não são ungidos pelo voto popular e sim escolhidos por critérios técnicos e políticos segundo o procedimento especial previsto no art. 73 da Constituição. Logo, a chamada dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário não deve ser considerada para os fins aqui colimados.

4.2.1. O argumento das capacidades institucionais

No Brasil, os debates acerca das capacidades institucionais encontram inspiração imediata no trabalho de Cass Sunstein e Adrian Vermeule (*Interpretation and Institutions*)¹⁵⁶, publicado em 2003.

Examinando as razões oferecidas pelas diversas teorias de interpretação jurídica a favor e contra a adoção de uma postura formalista por parte do Poder Judiciário, Sunstein e Vermeule afirmam que a escolha de uma melhor teoria em ordem a excluir as demais – com uma racionalidade de escolha do tipo ideal (*first-best*) – apresenta dois inconvenientes, a saber: (i) nunca uma única teoria será capaz de dar conta de todas as situações que se apresentam no mundo dos fatos; e (ii) impede que adeptos de uma corrente entrem em acordo com os adeptos de outra corrente em casos concretos onde seria possível a convergência.

Salientam, ainda, que tais teorias foram elaboradas tendo como referência um juiz abstrato onde o teórico se pergunta “como um juiz perfeito resolveria as questões que se apresentam perante o Judiciário?”, quando, em verdade, deveriam questionar “como um juiz generalista e, por vezes, sobrecarregado de trabalho o faria? Assim, afirmam que ao trazer para o bojo da discussão aspectos como as capacidades do Poder Judiciário e os efeitos

¹⁵⁵ BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch, the Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven and London: Yale University Press, 1962.

¹⁵⁶ SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. In: Michigan Law Review, vol. 101, p. 885-951, fev. 2003.

sistêmicos das suas decisões talvez seja possível complementar aquilo que a teoria ideal não dê conta – seja ela qual for, bem assim viabilizar, nos casos concretos, acordos teóricos incompletos (*incompletely theorized agreements*).

Embora a questão tratada neste trabalho não se apresente em termos de adotar-se ou não uma postura judicial formalista, o raciocínio empregado por Sunstein e Vermeule se afigura de veras útil.

A Constituição estabelece que aos Tribunais de Contas compete, exclusivamente, o julgamento das contas dos administradores públicos e daqueles que tiverem dado causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário. Confere, ainda, à Corte de Contas, o poder de reconhecer débito e aplicar multas com força de título executivo.

Por outro lado, a mesma Constituição prevê o poder-dever de o Poder Judiciário examinar a juridicidade dessas decisões em face da Constituição.

Assim, considerando que tanto o TCU, no exercício da sua competência exclusiva, quanto o Poder Judiciário, no exercício da sua, irão se debruçar, em certa medida, sobre as mesmas questões, não seria absurdo considerar que ambos podem por vezes concordar e por vezes discordar acerca da solução dessas questões. Se assim o é, absurdo também não seria considerar que talvez uma das duas instituições tenha uma maior aptidão para decidir acertadamente sobre determinadas matérias e outra para decidir sobre outras matérias.

Nesse diapasão, a análise das capacidades institucionais tem o condão de permitir que, diante do peculiar desenho institucional brasileiro e da falibilidade das instituições em questão¹⁵⁷, se possa perscrutar, a partir de dados empíricos, acerca de qual se sairia melhor para a solução de umas ou outras questões. A esse propósito, veja-se a seguinte passagem do trabalho desenvolvido por Diego W. Arguelhes e Fernando Leal sobre o tema:¹⁵⁸

Por exemplo, é em princípio compatível com o argumento das capacidades institucionais a afirmação de que o Supremo Tribunal Federal, com base em suas funções e responsabilidades constitucionais, as aptidões dos seus membros para obter e processar informações à luz de elementos empíricos como a quantidade e qualidade dos assessores de cada ministro e a taxa de congestionamento processual da corte, bem como os próprios limites normativo-processuais para a tomada de decisão, deve ser deferente a uma escolha legislativa específica (por exemplo, em relação a uma lei que, após ampla discussão parlamentar em que foram também ouvidos seguimentos distintos da sociedade, autorizasse ou proibisse o aborto).²⁷ Mas é igualmente possível usar o argumento para defender a tese de que o STF brasileiro deve adotar uma postura formalista sempre que for chamado a interpretar atos regulatórios ou rever decisões de determinadas autarquias, como o Conselho

¹⁵⁷ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “Capacidades Institucionais” entre a Banalidade, a Redundância e o Absurdo. Rio de Janeiro, *Revista Direito, Estado e Sociedade*. n. 38, semestral, jan./ jun. de 2011. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01_Arguelhes_Leal.pdf>. Acesso em 20/02/2013.

¹⁵⁸ Ibid.

Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em razão das suas capacidades para lidar com as sofisticadas questões com as quais ela cotidianamente lida. Ambas as respostas são, em princípio, justificáveis em termos institucionais comparativos, pois não contradizem os pressupostos fundamentais do contextualismo e da variabilidade das vantagens e limitações epistêmicas de atores institucionais reais.

Mesmo antes do trabalho de Sunstein e Vermeule, Frederick Schauer¹⁵⁹ admitiu situações em que as regras – ali vistas como mecanismo de alocação de poder – se revelariam insuficientes para resolver questões como a que acima se colocou. Para tais hipóteses, defendeu que se um agente afirma “isto não é comigo”, não necessariamente estará ele abrindo mão de suas responsabilidades. De certa forma - para Schauer - uma maneira de assumir responsabilidades consiste, justamente, em trazer para si a responsabilidade de deixar certas responsabilidades à decisão de outros.

Considerando que as decisões do TCU que imputam débito ou aplicam multas são títulos executivos e que, conforme já se disse acima, podem ser atacadas pela via própria, é inevitável que todos os juízes competentes para conhecerem originariamente da ação executiva o serão também para realizar o controle difuso de constitucionalidade da decisão do TCU na sede da ação incidental desconstitutiva do título executivo. Note-se, não se está a falar de juízes da Suprema Corte examinando mandado de segurança ali diretamente impetrado por força de foro por prerrogativa de função, mas de juízes espalhados por todas as Seções Judiciárias do País. Com efeito, indaga-se: quem tem melhor condição de acertar ao decidir sobre um aspecto formal ou material de um ato administrativo gerador de despesa, um juiz de 1º grau, os Ministros do STF ou os Ministros do TCU?

Abandonando modelos ideais, o argumento das capacidades institucionais trabalha com uma racionalidade de escolha do tipo subideal¹⁶⁰ (*second-best*), onde os fatores decisivos são as instituições, seus membros e circunstâncias ao seu redor, como eles de fato são e não como devem ou deveriam ser. Este aspecto será considerado adiante quando da proposição dos parâmetros.

Veja-se agora o segundo aspecto considerado na definição dos parâmetros que serão apresentados: o princípio da separação de poderes.

4.2.2. O princípio da separação de poderes

¹⁵⁹ SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford/New York: Oxford University Press, 1991.

¹⁶⁰ ARGUELHES; LEAL. op.cit.

Em “A Questão Judaica” Marx demonstra como o Estado liberal foi concebido à feição da burguesia. Delineado para ocupar espaços mínimos - em reação ao Estado absoluto, o Estado liberal burguês foi direcionado a garantir a segurança pública, a proteção da propriedade e o cumprimento dos contratos. Não havia e nem devia haver qualquer preocupação com a igualdade em sentido material, a igualdade que interessava ao burguês era a igualdade formal – perante a lei – apta a extinguir os privilégios estamentais e viabilizar, em conjunto com a liberdade (de contratar), a celebração e o cumprimento dos mais diversos tipos de contratos de trabalho e comerciais.

Conforme salienta Paulo Bonavides¹⁶¹, no Estado liberal – que conviveu com o voto censitário – a liberdade foi muito mais vitoriosa que a igualdade.

Nesse sentido, assentada que estava na preocupação com a garantia à liberdade, a proposta de Montesquieu foi formidável para os fins do Estado liberal burguês.

Inspirado no pensamento liberal de Locke e no que supôs ser a realidade constitucional inglesa, Montesquieu propôs, em defesa do direito de liberdade, um mecanismo de contenção do poder político a partir de uma específica organização estatal, na qual, o próprio poder político deteria a si mesmo (*le pouvoir arrête le pouvoir*).

Conforme salienta Paulo Bonavides (2007), o célebre livro de Locke sobre o governo civil¹⁶² ficou muito aquém de alcançar a obra de Montesquieu em termos de limitação do poder político. Em Locke, o poder se limita de maneira mais ou menos utópica, seja pelo consentimento, seja pelo direito natural ou, ainda, pela virtude do governante; em Montesquieu, ao revés, são propostas medidas concretas a fim de elevar a defesa do direito de liberdade. Tal característica deixa evidente a influência de Nicolau Maquiavel sobre Montesquieu, embora tal influência não se limite a isso.

Quanto às funções estatais, aos temores e ameaças à liberdade salientou Montesquieu:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não pode haver liberdade porque pode temer-se que o monarca ou o Senado faça leis tirânicas para tiranicamente executá-las.¹⁶³

Em outra parte complementa:

¹⁶¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

¹⁶² LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. 3ª Ed. São Paulo: Martins Editora, 2005.

¹⁶³ MONTESQUIEU, Charles Louis de. *O Espírito das leis*. 4. ed. São Paulo: Martins Editora, 2003.

Se o poder de julgar estivesse reunido ao Poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, porque o juiz seria legislador; e se o poder de julgar estivesse unido ao Executivo, o juiz poderia ter toda força de um opressor.

Com efeito, preconizou que cada uma dessas funções de cúpula fosse exercida por diferentes órgãos do Estado, a saber: os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

É bem verdade que a proposta de Montesquieu ainda não tinha a forma que posteriormente assumiria a separação de poderes e nem a rigidez tomada por alguns.

Em prol da liberdade, deveria cada Poder exercer a contenção dos demais Poderes através de mecanismos que hoje, em conjunto, denomina-se como sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

Alguns exemplos práticos auxiliam a bem visualizar algumas formas de concretização da proposta de Montesquieu nas modernas constituições do Ocidente. O primeiro exemplo é o poder conferido ao Executivo para vetar as deliberações do Legislativo, exigindo-se, normalmente, para o levantamento do veto presidencial, um elevado quorum de desaprovação.

Outrossim, embora o sigilo de alguns negócios de estado e a energia que se deve dotar o comando das forças militares indiquem que tais questões devam estar aos cuidados de um único indivíduo e não de uma assembléia, mecanismos há, que são deveras úteis, para a contenção do substancial poder conferido ao chefe do Executivo. Assim, conquanto caiba ao Executivo a negociação de tratados com nações estrangeiras, sua adoção, por eventualmente significar restrição à soberania, deve ser aprovada pelo Poder Legislativo. E a contrapartida ao poder do Executivo de comandar o exército, é que a declaração de guerra e paz deve ser realizada pelo Legislativo.

Outro exemplo de mecanismo do sistema de freios e contrapesos é a atribuição ao legislativo de competência para a acusação (Câmara dos Deputados) e julgamento (Senado) dos crimes de responsabilidade imputados ao chefe do Executivo.

O processo legislativo complexo, com a deliberação de cada Casa em separado, é um típico exemplo de contenção do Legislativo pelo próprio Legislativo.

Ainda à guisa de exemplo, se pode mencionar o condicionamento da nomeação para determinados cargos pelo Executivo à prévia aprovação do escolhido, pelo Senado¹⁶⁴.

No caso dos juízes escolhidos pelo Executivo, com a aprovação do Legislativo, o mecanismo pelo qual se busca garantir a independência do Judiciário, em relação aos demais

¹⁶⁴ Em “O Federalista” se ressalta também que com tal mecanismo, além de limitar o poder do Executivo, se realiza também uma tentativa de mitigar o risco de uma eventual tentativa de usurpação da liberdade pelas Casas do Legislativo em conjunto, aproximando uma delas do Poder Executivo.

Poderes, é o da vitaliciedade. Especificamente quanto à participação do Judiciário no sistema de freios e contrapesos, não se olvide do controle de constitucionalidade das leis, já admitido expressamente no Capítulo nº 78 de “O Federalista”¹⁶⁵, mesmo antes do histórico *Marbury v. Madison*¹⁶⁶, de 1803.

Para além do relevante papel na contenção do poder político é de se destacar que a alocação de funções típicas a cada um dos Poderes em muito contribui para a especialização e o aprimoramento de capacidades institucionais específicas no âmbito de cada segmento estatal, permitindo, desta maneira, que a separação de poderes seja tomada não apenas como um instrumento contra a tirania, mas, igualmente, como um importante mecanismo a serviço da concretização dos fins traçados pela Constituição.

Modernamente, a doutrina tem chamado a atenção para uma espécie de nova dimensão da separação de poderes. O chamado diálogo institucional ou constitucional a vislumbra a partir de uma perspectiva diferente daquela adotada no Estado liberal burguês, isto é, sem partir da idéia de desconfiança entre os Poderes:

Tomar o negativo como ponto de partida e pôr, ademais, a desconfiança e o lado mau em primeiro plano, bem como sutilizar, de modo solerte, impedimentos que, para se tornarem realidade, precisam apenas de impedimentos contrários, eis o que caracteriza aquela idéia, segundo a compreensão negativa, e o que também lhe distingue o caráter, consoante a opinião do vulgo.¹⁶⁷

Segundo Paulo Bonavides, a separação de poderes a partir da visão negativa, acima criticada por Hegel, retira do Estado o sopro da unidade vital¹⁶⁸.

No contexto do aludido diálogo, o relacionamento entre os Poderes é concebido nos moldes do que Conrado Hübner Mendes denomina “desempenho deliberativo”:

Procurro aqui, o modelo de interação que é mais sensível, ao longo do tempo, “à força das boas razões”. Podemos pensar em dois tipos-ideais de interação, a partir da

¹⁶⁵ HAMILTON; JAY; MADISON. Op.cit.

¹⁶⁶ O Caso “Marbury contra Madison” (5 U.S. 137) foi decidido em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos, sendo considerado a principal referência para o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário. Na eleição presidencial dos EUA de 1800, Thomas Jefferson derrotou John Adams. Após a derrota, John Adams resolveu nomear vários juízes em cargos relevantes para manter certo controle sobre o Estado. Entre eles se encontrava William Marbury, nomeado Juiz de Paz. O secretário de justiça de John Adams não chegou a entregar o diploma de nomeação a Marbury. Já com Jefferson presidente, seu novo secretário de justiça James Madison, se negou a intitular Marbury, que, por sua vez, apresentou um *writ of mandamus* perante a Suprema Corte Norte-Americana exigindo a entrega do diploma. O processo foi relatado pelo Presidente da Suprema Corte, Juiz John Marshall, em 1803, que concluiu que a lei federal que dava competência à Suprema Corte para emitir *mandamus* contrariava a Constituição Federal. Como a lei que dava competência a Suprema Corte era inconstitucional, não cabia à Suprema Corte decidir o pedido do *mandamus*.

¹⁶⁷ HEGEL, Georg W. F. apud BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 135.

¹⁶⁸ Ibid; p. 135.

oposição entre duas atitudes puras: a deliberativa (que fala e escuta, com objetivo de persuasão), e a adversarial (que fala para se impor). O primeiro está mais exposto publicamente ao argumento, mais aberto ao reconhecimento do diálogo, e mais disposto ao desafio deliberativo.¹⁶⁹

Hübner sustenta que a interação deliberativa entre os Poderes, ao contrário da adversarial, tem “maior probabilidade de alcançar boas respostas nos dilemas constitucionais ao longo do tempo”.

Invocando Jeffrey Tullis, afirma que “nenhuma instituição democrática específica é suficiente para assegurar a consideração de todas as preocupações relevantes na sustentação da democracia” e afirma:

[...] a separação de poderes faz com que diferentes valores (como a vontade popular, a linguagem dos direitos, a pressão por eficiência etc.) entrem em tensão. Dá voz institucional a diferentes perspectivas. Essa tensão deliberativa entre instituições que competem pode ser funcional para a produção de bons resultados¹⁷⁰. (Grifo nosso)

Segundo o autor, não deve haver última palavra em questões constitucionais. Nesse novo arranjo da separação de poderes, deve haver um processo dialético ininterrupto, no qual cada partícipe terá, pela via argumentativa, a chance de provar o acerto da sua posição. Haveria, então, uma permanente “tensão virtuosa” apta a gerar melhores resultados, tendo em vista o ônus argumentativo imposto a cada um dos Poderes.

É justamente em função de existir, no desenho institucional brasileiro, a possibilidade de TCU e Judiciário se debruçarem sobre as mesmas questões e sobre elas divergirem, que a proposta de parâmetros pode em muito contribuir para o afastamento de uma postura do tipo adversarial, viabilizando, quiçá, um estado de “tensão virtuosa” entre ambas as instituições em ordem a aprimorar o controle das despesas públicas e a promoção dos direitos fundamentais.

Portanto, atribuir a decisão àquele mais capacitado em uma racionalidade de escolha do tipo subideal (*second-best*) e evitar a assunção de posturas adversariais foram os critérios informadores dos parâmetros a seguir propostos.

4.2.3. Os parâmetros propriamente ditos

¹⁶⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação* (2008). Disponível em: <<http://ebookbrowse.com/tese-conrado-hubner-mendes-pdf-d75450537>>. Acesso em: 15/07/2011, p. 211.

¹⁷⁰ Ibid; p. 191.

No Capítulo III expôs-se que o controle realizado pelo TCU sobre os atos geradores de despesa se dirige aos aspectos formais (legalidade) e materiais (eficiência, moralidade etc.).

Ao iniciar este Capítulo IV, abordou-se a decisão proferida pelo TCU a partir da sua natureza jurídica, isto é, a partir da consideração de que se trata de um ato administrativo, procurando-se colocar em evidência seus elementos, desvendando-se, como que, a anatomia de tais decisões.

Neste momento, em que é chegada a hora de expor os parâmetros para o controle judicial dos julgamentos de contas realizado pelo TCU, é fundamental a articulação entre as idéias acima mencionadas.

Isso porque os parâmetros serão separados em dois grupos: o primeiro, dirigido ao controle dos aspectos formais; o segundo, dirigido ao controle dos aspectos materiais. Outrossim, porque ora estará em xeque o próprio ato praticado pelo TCU, ora aquele que fora objeto do controle e reprovação por parte da Corte de Contas.

4.2.3.1. Parâmetro para controle dos aspectos formais (legalidade)

Como visto, tanto a decisão proferida pelo TCU quanto o ato administrativo objeto do controle da Corte de Contas são atos administrativos. Logo, num e noutro é possível sejam identificados os cinco elementos apontados pela doutrina como da essência de tais atos (competência, finalidade, forma, motivo e objeto).

O primeiro parâmetro para o controle judicial do julgamento de contas se refere aos aspectos vinculados do ato em xeque para estabelecer que, seja quando do exame dos elementos do ato decisório do TCU, seja quando, dentro daquele exame, tiver que adentrar ao exame do ato administrativo reprovado pelo TCU (motivo determinante da sua decisão), *o Poder Judiciário terá ampla legitimidade para exercer rigoroso controle da legalidade dos elementos vinculados*.

É que nessas hipóteses – de exame de legalidade – tanto o argumento das capacidades institucionais quanto o princípio da separação de poderes apontam para tal solução. Dizer o direito aplicável ao caso concreto (*jurisdictio*) é a principal função dos juízes na separação de poderes. Juízes são formados para este fim e adquirem grande experiência ao longo de suas carreiras interpretando e aplicando normas jurídicas. Por outro lado, os Ministros da Corte de Contas sequer, necessariamente, possuirão formação jurídica (art. 73, inciso III, da Constituição). Com efeito, de ordinário, ninguém mais do que os juízes, no âmbito do aparelho estatal, estará melhor preparado para tal desiderato.

Note-se que o critério informador do parâmetro proposto nada tem a ver com teorias ideais, como, *e.g.*, ocorreria com a adoção de uma visão substancialista de democracia para sustentar um controle pleno, por parte do Judiciário, sob o argumento de que a tutela dos direitos fundamentais justificaria sempre uma tal postura.

Certamente poderá se indagar: o que tem de novo em afirmar-se que *o Poder Judiciário terá ampla legitimidade para exercer um rigoroso controle da legalidade dos elementos vinculados do ato administrativo?*

De fato, a afirmação acima não traz em si novidade alguma. Todavia, o modo como a ela se chegou, expondo a anatomia dos atos em xeque e analisando cada um dos seus elementos, bem assim afastando-se de teorias ideais e apresentando argumentos empíricos, pode sim contribuir para elevar a convicção e a energia no repúdio que deve ser dirigido ao entendimento da corrente que defende que apenas os atos *com vício de forma ou manifestamente ilegais* podem ser invalidados pelo Judiciário. Veja-se a Ementa do MS nº 5.490-DF:

Os julgamentos do Tribunal de Contas no uso da atribuição conferida pelo art. 77 da Constituição, só poderão ser cassados por mandado de segurança, quando resultem de ilegalidade manifesta ou abuso de poder.¹⁷¹

No mesmo sentido e mais explícito o MS nº 7.280-GB:

Ao apurar o alcance dos responsáveis pelos dinheiros públicos, o Tribunal de Contas pratica ato insuscetível de revisão na via judicial, a não ser quanto ao seu aspecto formal ou tísna de ilegalidade manifesta.¹⁷²

Diante do exposto, é possível afirmar que todos os elementos vinculados da decisão do TCU poderão ser objeto de controle judicial sem a necessidade de se exigir uma ilegalidade manifesta, inclusive quanto ao motivo determinante (ato do administrador objeto da reprovação do TCU).

Assim, toda vez que estiver em jogo situações em que se argumente, *e.g.*, que o TCU multou alguém não sujeito a sua *jurisdição*; que atuou em desvio de finalidade; que não observou a ampla defesa e o contraditório no processo de julgamento de contas; que atuou sem motivo; ou que aplicou uma sanção não prevista em lei, não haverá que se falar em exigência de ilegalidade manifesta e nem de deferência do Poder Judiciário à capacidade institucional do TCU, uma vez que nestes casos o argumento milita em favor do Judiciário.

¹⁷¹ STF. Mandado de Segurança nº 5.490-DF, Relator Ministro Villas Bôas, julgado em 20.08.1958.

¹⁷² STF. Mandado de Segurança nº 7.280-GB, Relator Ministro Henrique D'Ávila, julgado em 20.06.1960.

Do mesmo modo, no caso específico do motivo determinante da decisão do TCU, também estará o Judiciário em sua zona de conforto para apreciar com rigor os aspectos formais do ato administrativo gerador da despesa.

4.2.3.2. Parâmetros para controle dos aspectos materiais

No que diz respeito aos aspectos materiais, dois parâmetros serão propostos: um em relação ao ato decisório do TCU; outro, em relação ao ato do administrador que consistiu no motivo determinante da decisão do TCU.

a) quanto ao ato decisório do TCU

Em regra, a decisão proferida pelo TCU no julgamento de contas é ato vinculado. Apenas naquelas hipóteses em que a lei deixa espaço para que o Tribunal de Contas determine a dosimetria da sanção é que se pode falar em discricionariedade por parte do TCU.

Veja-se a esse respeito os arts. 46, 57 e 60 da Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443/92):

Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

Art. 57. Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao Erário.

Art. 60. Sem prejuízo das sanções previstas na seção anterior e das penalidades administrativas, aplicáveis pelas autoridades competentes, por irregularidades constatadas pelo Tribunal de Contas da União, sempre que este, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida, o responsável ficará inabilitado, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.

Aqui, diferentemente da situação exposta no item anterior, não se está defronte a uma questão de legalidade. A questão arrostada é de juridicidade, isto é, a adequação ou não da dosimetria da sanção imposta pelo TCU à luz da própria Constituição.

Conforme leciona Gustavo Binenbojm (2008, p. 232):

No último degrau da escala de vinculação da Administração ao direito, encontram-se os *atos vinculados diretamente por princípios* (constitucionais, legais ou regulamentares), impropriamente denominados de *atos discricionários*. Aqui, à mingua de regras ou conceitos jurídicos indeterminados a preordenar a atuação

administrativa, recairá sobre o administrador a tarefa de *escolher*, dentre as opções jurídica e materialmente disponíveis, aquela que melhor concretiza os fins colimados pela norma de competência, (constitucional, legal ou regulamentar). A vinculação direta a princípios proporciona o mais baixo grau de vinculação administrativa à juridicidade.¹⁷³

Portanto, deverá o Judiciário estar atento para evitar que, ao exercer o poder discricionário conferido pelo legislador, eventualmente, o TCU venha violar algum princípio ou direito fundamental *de forma desproporcional*. É importante destacar a proporcionalidade, pois uma multa sempre irá restringir, em alguma medida, a liberdade e o patrimônio daquele a quem tiver sido imputada.

Imagine-se que, ao aplicar a multa prevista no art. 57 da sua Lei Orgânica, a Corte de Contas não tenha levado em conta a situação econômica do indivíduo. Ora, se o pagamento da multa deixasse o indivíduo e seus dependentes sem o mínimo para sobreviver dignamente, é evidente que o Judiciário deveria anular a decisão da Corte de Contas por manifesta violação do postulado de proporcionalidade e do direito fundamental a uma vida digna. Não pode o Estado tirar o que ele tem obrigação de dar (o mínimo existencial).

Com efeito, é através da aplicação dos postulados de razoabilidade e de proporcionalidade, antes expostos, que o Poder Judiciário poderá aferir a compatibilidade ou não da discricionariedade exercida pelo TCU em face da Constituição, isto é, sua juridicidade.

Todavia, a questão aqui não é saber o instrumento a ser manejado pelo Poder Judiciário para controlar a discricionariedade do TCU, antes é propor um parâmetro para estabelecer um padrão para a postura a ser adotada pelo Judiciário quando colocado diante de uma tal questão.

Conforme salienta Binjenbojm (2008, p. 232), a solução para hipóteses como a aqui tratada, deve levar em conta elementos procedimentais e funcionais que “*comporão um sistema de standards decisórios*”. Seguindo seu raciocínio, é possível afirmar que, diante de certos pressupostos fáticos e jurídicos, a postura do Poder Judiciário – nessas hipóteses – deverá ser de reverência às decisões do TCU, veja-se:

- o que está em jogo não é o julgamento das contas em si e sim a dosimetria da sanção decorrente da reprovação daquelas;
- o fato de a responsabilização haver emanado de um procedimento administrativo hígido, com observância da ampla defesa e do contraditório, permite seja afastada a suspeita de erro manifesto por parte do TCU;

¹⁷³ BINENBOJM, Gustavo. Ob. Cit. Supra.

- por força do seu ofício, o TCU possui grande experiência e capacidade acurada para a análise desse tipo de questão;

- ao deferir a discricionariedade ao administrador, o legislador reconheceu não só não possuir capacidade institucional para descer a detalhes, mas reconheceu, também, a capacidade do administrador para o juízo de conveniência e oportunidade a ser realizado; e

- a aplicação de sanção pelo TCU, nos casos de ilegalidade e irregularidade de contas, é uma *imposição* do próprio constituinte (art. 71, inciso VIII, da Constituição).

Com efeito, em relação ao controle judicial da dosimetria das sanções aplicadas pelo TCU – quando houver discricionariedade – propõe-se que o Poder Judiciário adote uma postura autocontida, isto é, deferente às decisões emanadas da Corte de Contas. Em outras palavras, *nos casos de exercício do poder discricionário, previsto na lei para a aplicação de sanções, a decisão do TCU somente deverá ser invalidada pelo Judiciário quando manifestamente em contraste com os postulados de razoabilidade ou proporcionalidade.*

No exemplo acima desenvolvido, mesmo que alta em relação ao patrimônio do indivíduo, a multa não deverá ser anulada pelo Judiciário quando não violar manifestamente os referidos postulados.

b) quanto ao motivo determinante da decisão do TCU

Acima, por diversas vezes, se procurou extremar o ato administrativo praticado pelo TCU – o julgamento de contas – daquele que, praticado pelo administrador, foi objeto da reprovação realizada pela Corte de Contas. O ato antijurídico praticado pelo administrador é o motivo determinante do ato praticado pelo TCU.

Com efeito, deve o Poder Judiciário estar atento à efetiva existência da aludida antijuridicidade.

Com relação aos aspectos vinculados do ato do administrador, pelas mesmas razões já expostas, deve-se observar o parâmetro acima proposto para o controle de legalidade.

Diferente é a situação quando o foco passa para os aspectos materiais do ato, tais como a eficiência e a moralidade, por exemplo.

Consoante exposto no Capítulo III, controlar tais aspectos materiais significa adentrar àquela seara que a princípio o legislador deixou ao escrutínio do administrador em ordem a viabilizar o melhor atendimento do interesse público nos casos concretos.

Tal como no item anterior, aqui também se está no “último degrau da escala de vinculação da Administração ao direito” onde “encontram-se os atos vinculados diretamente por princípios” (BINENBOJM, 2008, p. 232).

Contudo, enquanto no item anterior a competência para exercer a discricção – aplicar a multa – era do próprio TCU, aqui a discricionariade foi conferida pelo legislador ao administrador e não ao TCU, a quem cumpre sua fiscalização.

Dos termos do segundo parâmetro acima apresentado (*nos casos de exercício do poder discricionário, previsto na lei para a aplicação de sanções, a decisão do TCU somente deverá ser invalidada pelo Judiciário quando manifestamente em contraste com os postulados de razoabilidade ou proporcionalidade*) é possível extrair que a intervenção no chamado mérito administrativo deve ser medida excepcional e não algo banal, seja qual for o órgão ou administrador em questão.

Sob as mesmas razões apresentadas no item anterior para justificar a autocontenção judicial quando do controle de juridicidade dos aspectos materiais do ato praticado pelo TCU, aqui, autocontido deverá ser o TCU, que somente deverá emitir juízo de desvalor quando o ato praticado pelo administrador estiver na chamada zona de certeza negativa, isto é, quando, manifestamente em afronta à Constituição por ineficiência, imoralidade etc.

Portanto, não há que se falar aqui de postura *a priori* deferente por parte do Judiciário. Quando tiver que analisar o juízo de desvalor emitido pelo TCU em relação aos aspectos materiais do ato gerador de despesa, o Poder Judiciário terá toda legitimidade para realizar rigoroso controle do julgamento de contas haja vista o pequeno espaço conferido ao TCU para reprovar contas por tais motivos.

Assim, o terceiro e último parâmetro estabelece que *o Poder Judiciário terá ampla legitimidade para exercer rigoroso controle em relação ao juízo de desvalor, emitido pelo TCU, quanto aos aspectos materiais deixados à discricção do administrador.*

Conclusão

Tendo em vista que de acordo com o desenho institucional brasileiro TCU e Judiciário podem se ver examinando uma mesma questão envolvendo o chamado julgamento de contas (art. 71, inciso II, da Constituição). Mais que isto, tendo em vista a possibilidade de divergirem sobre essa mesma questão, o presente trabalho se propôs a apresentar parâmetros para o exercício do controle judicial sobre os julgamentos realizados pelo TCU.

No contexto do trabalho, o termo parâmetro foi tomado com a mesma conotação adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em 1938, no caso *United States v. Carolene Products Co*; isto é, se referiu ao grau ou à intensidade do controle a ser exercido pela Poder Judiciário.

Atribuir a decisão àquele mais capacitado em uma racionalidade de escolha do tipo subideal (*second-best*) e evitar a assunção de posturas adversariais foram os critérios informadores dos parâmetros propostos. Para tanto, entraram em ação o argumento das capacidades institucionais e o princípio da separação de poderes.

Para chegar à proposição dos parâmetros no Capítulo IV foi percorrido um longo caminho. No Capítulo I, expôs-se detalhadamente o papel exercido pelo TCU após a promulgação da Constituição de 1988; no Capítulo II, foram expostas as principais causas para a chamada ascensão institucional do Poder Judiciário, abordando-se, ainda, a judicialização das questões políticas e sociais no Brasil e a clara mudança de postura por parte da Corte em direção ao ativismo, sobretudo a partir da década de 2000; e no Capítulo III, foram examinados os aspectos formais (legalidade) e materiais dos atos administrativos sujeitos ao crivo do TCU, com destaque para minucioso exame do constitucionalmente denominado *princípio* da eficiência.

A seguir, as principais conclusões deste trabalho:

1. Ao estabelecer quais órgãos gozarão da chamada autonomia financeira o constituinte não mencionou expressamente o Tribunal de Contas da União (art. 168), embora tenha mencionado, inclusive, a Defensoria Pública. Além disso, a posição topográfica do TCU no texto constitucional (junto ao Poder Legislativo) e diversas manifestações conformadoras do legislador infraconstitucional levam a concluir que o TCU está inserido no Poder Legislativo da União.

2. Não obstante esteja inserido no Legislativo, a ampla autonomia financeira e administrativa do TCU, o modo de escolha dos seus Ministros e as garantias que lhes são conferidas pela Constituição corroboram o entendimento no sentido da inexistência de

subordinação entre a Corte de Contas e as Casas do Congresso. Ao revés, a relação existente é de cooperação eminentemente técnica.

3. Independentemente de sua posição institucional, o TCU é parte integrante do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Justamente por isso, qualquer, projeto de emenda constitucional que possua como finalidade a supressão do controle externo, de alguma atribuição nuclear do TCU ou de prerrogativas sem as quais o exercício do seu mister venha a ser prejudicado, não poderá, sequer, ser objeto de deliberação por afrontar os incisos III e IV, do parágrafo 4º, do art. 60 da Constituição (separação de poderes e direitos e garantias individuais).

4. O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público à feição do controle de constitucionalidade difuso exercido pelos tribunais e juízes de direito.

5. Em que pese prestigiosa corrente defender a natureza jurisdicional do julgamento de contas, afirmando que sua revisão pelo Poder Judiciário acarretaria “absurdo *bis in idem*” e que a utilização do verbo julgar no inciso II do art. 71 da Constituição caracterizaria exceção ao chamado *princípio* da inafastabilidade da jurisdição, neste trabalho perfilhou-se entendimento diverso. Defendeu-se a natureza administrativa de tais julgamentos, sustentando-se que – quando o quis – o constituinte fez expressamente ressalvas ao controle judicial, como nos casos de prisão por transgressão ou crime militar (art. 5º, LXI) e na exigência de esgotamento das instâncias esportivas para o questionamento judicial da disciplina e das competições esportivas (art. 217, § 1º).

6. Assim como o ato gerador de despesas praticado pelo administrador, em relação ao qual o TCU afere a sua juridicidade, também as decisões proferidas pelo TCU, em sede de julgamento de contas, apresentam os chamados elementos do ato administrativo (competência, finalidade, forma, motivo e objeto) e, por conseguinte, a partir de tais elementos podem ser controladas pelo Judiciário.

7. Nos termos do inciso II do art. 71 da Constituição, o julgamento das contas das pessoas ali mencionadas, no âmbito da União, é de competência exclusiva do Tribunal de Contas da União. Isto significa que quando o Poder Judiciário realiza o controle de tais atos não o faz em ordem a modificar o julgamento realizado pelo TCU, isto seria, em verdade, um inaceitável *bis in idem*. O que o Judiciário realiza é o controle da juridicidade, invalidando ou não, mas jamais reformando a decisão prolatada pela Corte de Contas.

10. A questão verdadeiramente relevante para os dias de hoje não é propriamente a respeitante à natureza jurídica do julgamento de contas realizado pelo TCU e a conseqüente

possibilidade ou não de controle de tais julgamentos pelo Poder Judiciário – isto é um fato, antes o que realmente interessa é refletir sobre a extensão do controle a ser realizado pelo Poder Judiciário.

11. O primeiro parâmetro para o controle judicial do julgamento de contas vem se referir aos aspectos vinculados do ato em xequê para estabelecer que, seja quando do exame dos elementos do ato decisório do TCU, seja quando, dentro daquele exame, tiver que adentrar ao exame do ato administrativo reprovado pelo TCU (motivo determinante da sua decisão), *o Poder Judiciário terá ampla legitimidade para exercer rigoroso controle da legalidade dos elementos vinculados.*

12. Em relação ao controle judicial da dosimetria das sanções aplicadas pelo TCU – quando houver discricionariedade – propõe-se que o Poder Judiciário adote uma postura autocontida, isto é, deferente às decisões emanadas da Corte de Contas. Em outras palavras, *nos casos de exercício do poder discricionário, previsto na lei para a aplicação de sanções, a decisão do TCU somente deverá ser invalidada pelo Judiciário quando manifestamente em contraste com os postulados de razoabilidade ou proporcionalidade.*

13. Quando tiver que analisar o juízo de desvalor emitido pelo TCU em relação aos aspectos materiais do ato gerador de despesa, o Poder Judiciário terá toda legitimidade para realizar o controle do julgamento de contas haja vista o pequeno espaço conferido ao TCU para reprovar contas por tais motivos. Assim, o terceiro e último parâmetro estabelece que *o Poder Judiciário terá ampla legitimidade para exercer rigoroso controle em relação ao juízo de desvalor, emitido pelo TCU, quanto aos aspectos materiais deixados à discricção do administrador.*

Referências

ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism (1996). *Occasional Papers*. Paper 4. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/ylsop_papers/4>. Acesso em 28/09/2011.

_____. The New Separation of Powers. *Harvard Law Review*, v.113, n. 3, p. 634/729, 2000.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. 3ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *O Supremo Tribunal Federal e os Direitos dos Povos Indígenas*. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 911-954.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “Capacidades Institucionais” entre a Banalidade, a Redundância e o Absurdo. Rio de Janeiro, *Revista Direito, Estado e Sociedade*. n. 38, semestral, jan./ jun. de 2011. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01_Arguelhes_Leal.pdf>. Acesso em 20/02/2013.

_____. *Pragmatismo como [Meta] Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.). *Vinte anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 171-211.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto; CLÈVE, Clèmerson Merlin (Orgs.). *Doutrinas Essenciais – Direito Constitucional*. v. IV, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

_____. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.

_____. Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias e Interrupção da Gestação de Fetus Anencefálicos: Vida, Dignidade e Direito de Escolha. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 255-287.

_____. *Ativismo judicial mobiliza Justiça e sociedade. Retrospectiva 2009*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-dez-15/retrospectiva-2009-ativismo-judicial-mobiliza-justica-sociedade>. Acesso em 17/03/2012.

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch, the Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press, 1962.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Ciência Política*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1940.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. n. 38, out./ dez. 1997.

CATARDO, Hamilton Fernando. *O Tribunal de Contas no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Millenium, 2007.

CRETELA JÚNIOR, José. Natureza das Decisões do Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*. n. 116. Out/dez 1986, p. 1-2.

FAGUNDES, Seabra. Os Tribunais de Contas na estrutura constitucional brasileira. *Revista do Tribunal de Contas da União*. v 10, n. 20, p. 82, dez. 1979.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Limites a revisibilidade judicial das decisões dos tribunais de contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. n. 02, ano XVI, 1998.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

GOMES, Fernando Cleber de Araújo. *O Tribunal de Contas e a defesa do Patrimônio Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Judiciário Pode Intervir no Controle do Executivo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-08/judiciario-intervir-executivo-controlar-politicas-publicas?pagina=14>>. Acesso em 20/02/2013.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

_____. Entrevista ao site Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-13/entrevista-peter-haberle-constitucionalistaalemao>>. Acesso em 01/06/2012.

HAMILTON Alexander; JAY, John; MADISON, James;. *The Federalist Papers*. Seleccionados e editados do original por Roy Fairfield. [S.l., s.n.], 1981.

HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

HESSE. Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, 1. ed. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HIRSCHL. Ran. The Judicialization of politics. In: WHITTINGTON, Keith E; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIA, Gregory A. (Eds.). *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York: Oxford University press, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 6ª Ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

_____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1988.

LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. n.15, ago./set./out 2008. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 14/02/2013.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. 3ª Ed. São Paulo: Martins Editora, 2005.

MARANHÃO, Jarbas. Competência do Tribunal de Contas. In: BARROSO, Luís Roberto; CLÈVE, Clèmerson Merlin (Orgs.). *Doutrinas Essenciais – Direito Constitucional*. v. IV, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARX, Karl. *A Questão Judaica*. 4. ed. São Paulo: Centauro, 2003.

MASCARENHAS, Michel. *Tribunais de Contas e Poder Judiciário. O sistema jurisdicional adotado no Brasil e o controle sobre os atos dos tribunais de contas*. São Paulo: Conceito, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação* (2008). Disponível em: <<http://ebookbrowse.com/tese-conrado-hubner-mendes-pdf-d75450537>>. Acesso em: 15/07/2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 56-58.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*, v. III, 4. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1963.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. *O Espírito das leis*. 4. ed. São Paulo: Martins Editora, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Parlamento e a Sociedade como destinatários do Trabalho dos Tribunais de Contas. Bahia, *Revista Eletrônica*. n. 4, trimestral, dez 2005/ jan/ fev 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-4-DEZEMBRO-2005-DIOGO.pdf>> Acesso em 23/07/2012.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. 1. ed. São Paulo: Penguin Companhia, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A Suprema Inviolabilidade: A Intimidade Informática e o Sigilo Bancário. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 531-555.

SANTOS, Rogério Dutra dos. Francisco Campos e os Fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal do Brasil. Rio de Janeiro, *Revista de Ciências Sociais*. v. 50, n 2, p. 281-323, 2007.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em:<<http://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/08/daniel-sarmento-o-neoconstitucionalismo-no-brasil1.doc>>. Acesso em 16/03/2012.

_____. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.). *Vinte anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 311-322.

_____. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STROKES, Paulsen Michael. The Unprecedented, Extraordinary, Anti-democratic, Activist Power of Judicial Review.

Disponível em: <<http://www.thepublicdiscourse.com/2012/04/5246>>. Acesso em 31/05/2012.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford/New York: Oxford University Press, 1991.

SCHAUER, Frederick. Judicial Supremacy and the Modest Constitution. California, *Law Review*. v. 92, n. 4, p. 1045-1067, jul 2004.

SILVA. Alexandre Garrido da. Minimalismo, Democracia e Expertise: O Supremo Tribunal Federal Diante de Questões Políticas e Científicas Complexas. *Revista de Direito do Estado*. a.3, n 12, p. 107-142, out/dez 2008 .

SILVA. José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA. Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais. Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SPECK, B. W. . *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União. O Papel da Instituição Superior de Controle Financeiro no Sistema Político-Administrativo do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time – Judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Harvard University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass R; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, p. 885-951, fev 2003.

SUNSTEIN. Cass; ULLMANN-MARGALIT, Edna. *Second-order Decision*. Chicago, *John M. Olin Law & Economics Working*. Paper n. 57 (2D SERIES).

TUSHNET. Mark. *Taking the Constitution away from de Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Os Tribunais de Contas e a Responsabilidade Patrimonial do Estado*. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE-29278.pdf/rev630307OsTCResponsabilidadePatrimonialEstado.pdf>>. Acesso em 29/10/2012.